

Universidad de Salamanca  
Departamento de Derecho Público General  
Área Derecho Penal  
Doctorado: Problemas actuales de derecho penal y política criminal.  
Bienio 2008-2009.

**Tesis para optar al Grado Académico de Doctor en Derecho Penal**

## **“TEORÍA DE LA INFLACIÓN PENAL”**

**Doctor Candidato: Edison Carrasco Jiménez**

**Directores de Tesis:  
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre  
Hernán Hormazábal Malarée**



**2014**



# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>13</b>
<b>PARTE I: CRÍTICA METODOLÓGICA AL MODELO TEÓRICO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL.....</b>	<b>23</b>
CAPÍTULO I: ESTADO DE LA CUESTIÓN: “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL” Y LA DISCUSIÓN IBEROAMERICANA PRODUCIDA A PARTIR DE ELLA.....	25
I. PLANTEAMIENTO ORIGINAL DEL MODELO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL POR SILVA SÁNCHEZ.....	25
1. LA PRIMERA EDICIÓN DE “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”.....	25
2. LA SEGUNDA EDICIÓN DE “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”.....	33
3. AMPLIACIONES DEL PENSAMIENTO SOBRE LA EXPANSIÓN DE SILVA SÁNCHEZ O LAS REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN “LA IDEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA PRESENTE Y FUTURA” (2003).....	36
II. CRÍTICAS, OBSERVACIONES Y ALCANCES DE LA DOCTRINA PENAL AL PLANTEAMIENTO DE LA EXPANSIÓN.....	38
1. CRÍTICAS DE MENDOZA BUERGO A LA SECTORIZACIÓN DEL DERECHO PENAL POR “LA EXPANSIÓN...”.....	38
2. LA PROPUESTA REVISIONISTA DE MARTÍNEZ-BUJÁN Y SU “BIG BANG” Y “BIG CRUNCH” EN EL DERECHO PENAL Y PARA EL DERECHO PENAL ECONÓMICO.....	39
3. LAS CRÍTICAS DE LAURENZO COPELLO A “LA EXPANSIÓN...”.....	41
4. LOS ALCANCES A LA SEGUNDA VELOCIDAD DE GARCÍA CAVERO.....	43
5. LAS OBSERVACIONES CRÍTICAS DE MILITELLO.....	43
6. LAS OBSERVACIONES DE ABANTO.....	44
7. LAS REFERENCIAS DE MIR A LA EXPANSIÓN.....	45
8. EL CRITICISMO DOGMÁTICO-FILOSÓFICO DE GRACIA MARTIN EN REFERENCIA A LA EXPANSIÓN.....	46
a. Marco general de la postura de GRACIA MARTIN.....	46
b. Apreciaciones de GRACIA MARTIN en torno a la expansión.....	48
9. DÍEZ RIPOLLÉS Y SU MODELO PENAL BIENESTARISTA EN OPOSICIÓN AL MODELO SECURITARIO.....	49
a. Marco general de la postura de DÍEZ RIPOLLÉS.....	49
b. La posición de DÍEZ RIPOLLÉS en relación a la expansión como concepto.....	51
III. OBSERVACIONES DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	52
CAPÍTULO II: LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA EL MODELO DE LA EXPANSIÓN.....	55
IV. PROBLEMAS METODOLÓGICOS DEL CONCEPTO “EXPANSIÓN” DEL DERECHO PENAL.....	55
1. EL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN” DEL DERECHO PENAL.....	55
2. FALTA DE CAPACIDAD CRÍTICA DEL CONCEPTO “EXPANSIÓN”.....	59
3. QUIEBRE TEÓRICO DE LA SEGUNDA EDICIÓN DE “LA EXPANSIÓN...” POR LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN”.....	59
V. PROBLEMAS CON EL FUNDAMENTO METODOLÓGICO DEL MODELO DE LA “EXPANSIÓN”: LA TEORÍA DEL RIESGO DE BECK.....	63
a. Desplazamiento del problema de los efectos de la producción el capital por la temática del riesgo.....	63
b. Carencia de materialidad: invisibilidad de las fuentes del riesgo.....	64
c. Reafirmación de razonamientos céntrico-dependientes: “efecto boomerang”.....	67
d. El miedo al riesgo como base para la acción política.....	68
VI. PROBLEMAS EN LA DESCRIPCIÓN CAUSAL DEL FENÓMENO DE LA EXPANSIÓN.....	70
1. RECORTE ESPACIO-TEMPORAL DEL FENÓMENO.....	70
2. AMBIGÜEDAD EN LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO “IZQUIERDA” Y SU PAPEL EN LA CRIMINALIZACIÓN.....	74

VII. EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” COMO CONCEPTO INTEGRADO AL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN”, Y LA REPERCUSIÓN DE SUS PROBLEMAS METODOLÓGICOS EN EL MODELO EXPANSIVO .....	77
1. EL PRIMER JAKOBS, O LAS REFLEXIONES A PARTIR DE KRIMINALISIERUNG IM VORFELD EINER RECHTSGUTSVERLETZUNG .....	77
2. EL SEGUNDO JAKOBS O LAS REFLEXIONES A PARTIR DE DAS SELBSTVERSTÄNDNIS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT VOR DEN HERAUSFORDERUNGEN DER GEGENWART .....	80
3. OBSERVACIONES DE LA DOCTRINA PENAL DEL PRIMER Y SEGUNDO JAKOBS.....	82
4. NUESTRA POSTURA.....	85
a. Ausencia de purificación metodológica entre el primer y segundo JAKOBS .....	85
b. El derecho penal del enemigo en cuanto herramienta crítica, desestimada en el concepto de expansión .....	88
VIII. CONCLUSIÓN.....	89
<b>II PARTE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UN MODELO BASADO EN EL CONCEPTO DE “INFLACIÓN PENAL” .....</b>	<b>91</b>
CAPÍTULO III: LA TESIS DEL BIEN JURÍDICO: EL SIGNIFICADO DE UN CONTENIDO MATERIAL.....	93
I. FUNDAMENTACIÓN METODOLÓGICA DESDE LA POSTURA “ANTIFORMALISTA” EN LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO .....	93
1. LA PERSPECTIVA GENERAL DEL “ANTIFORMALISMO”.....	93
2. EL CONCEPTO DE “DERECHO” EN CUANTO DERECHO FORMAL O LEY ESCRITA .....	95
3. LA POSICIÓN CON RESPECTO A LAS LAGUNAS EN LAS LEYES.....	96
4. CONTRA EL “DERECHO ESTATAL” O LA CONCEPCIÓN DEL “DERECHO VIVO” .....	98
5. RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO VIVO Y DERECHO PENAL O LA MATERIALIDAD DEL DERECHO PENAL.....	102
II. LA TESIS DEL BIEN JURÍDICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO VIVO .....	105
1. PRELIMINARES .....	105
2. TESIS MULTIPARTITA EN LA RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y LA REALIDAD.....	106
a. La postura de ROXIN.....	106
b. La postura de HEFENDEHL.....	107
c. La postura de AMELUNG.....	107
d. La postura de LASCURAIN.....	108
e. La postura de SCHULENBURG .....	110
f. La postura en el SISTEMA BUSTOS/HORMAZÁBAL.....	111
3. PANORAMA DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO.....	116
III. OBSERVACIONES Y TOMA DE POSTURA .....	124
1. OBSERVACIONES A LAS POSTURAS.....	124
2. TOMA DE POSTURA.....	131
CAPÍTULO IV: MODELO DE LOS DESFASES JURÍDICOS.....	139
I. LOS DESFASES ENTRE DERECHO ESTATAL Y DERECHO VIVO Y EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL.....	139
1. EL DESFASE ENTRE LA LEGISLACIÓN Y LA REALIDAD SOCIAL O EL <i>DESFASE FORMAL-INFORMAL</i> .....	139
2. DESFASE DOCTRINARIO DEL DERECHO CON LA REALIDAD SOCIAL Y DE LA LEGISLACIÓN ANTIGUA CON LA NUEVA: DESFASE DOCTRINAL-INFORMAL Y DESFASE FORMAL.....	143
3. EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL .....	147
4. CONCEPTO DE “CAMBIO SOCIAL” .....	148
5. INEVITABILIDAD DEL DESFASE JURÍDICO.....	149
II. “ELASTICIDAD” DE LA LEY Y LAG LEGISLATIVO Y DETERMINACIÓN DE UN ÍNDICE PARA LA MEDICIÓN DEL DESFASE FORMAL-INFORMAL .....	153
1. CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN DE LA LEY: ELASTICIDAD .....	153
a. Aclaraciones previas.....	153
b. Análisis de las variables esenciales de la ley .....	154
2. DETERMINACIÓN DE UN ÍNDICE CUANTITATIVO PARA LA INCONGRUENCIA FORMAL-INFORMAL: INDICADOR PARA MEDIR LA ELASTICIDAD DE LA LEY .....	160
a. Exposición del modelo de cuantificación.....	160



b.	Fórmula y regla de la elasticidad de la ley.....	165
c.	Aplicación de la fórmula al derecho penal informático .....	166
III.	EXPRESIÓN DE DESFASE FORMAL-INFORMAL EN EL DERECHO PENAL.....	171
1.	PREVIA ESPECIFICACIÓN DEL FENÓMENO DEL <i>CICLO DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO PENAL</i> .....	171
2.	CAUSAS ENDÓGENAS DE LA INFLACIÓN: LOS DESEQUILIBRIOS ENTRE LA PRODUCCIÓN DE BIENES JURÍDICOS MATERIALES Y LA PRODUCCIÓN NORMATIVA.....	172
a.	“Divergencias” entre el contenido formal y el contenido material del delito y exigencia doctrinal de congruencia .....	172
b.	Desequilibrios por un aumento de la producción de bienes jurídicos materiales por sobre la producción normativa .....	174
c.	Desequilibrios por un aumento de la producción normativa por sobre la producción de bienes jurídicos materiales .....	177
CAPÍTULO V: BÚSQUEDA Y CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DENTRO DEL PATRIMONIO CONCEPTUAL DE LA CIENCIA PENAL QUE EXPRESE EL DESEQUILIBRIO EN EL CICLO DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO PENAL.....		179
I.	EXPOSICIÓN .....	179
II.	DESDE LOS SIGNIFICADOS DOTADOS POR LA DOCTRINA PENAL PARA EL TÉRMINO INFLACIÓN (PENAL) HASTA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO.....	179
1.	USO DEL TÉRMINO “INFLACIÓN” (PENAL) POR LA DOCTRINA.....	179
2.	INFERENCIAS EXTRAÍDAS DE LO EXPUESTO POR LA DOCTRINA PENAL SOBRE EL PUNTO.....	184
III.	¿NECESIDAD DEL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN” FRENTE A UN “CONCEPTO” DE INFLACIÓN?.....	187
1.	EXPOSICIÓN .....	187
2.	CONTRASTACIÓN A NIVEL SEMÁNTICO ENTRE LA EXPANSIÓN Y LA INFLACIÓN PENAL .....	189
a.	Expresión semántica del concepto “expansión” .....	189
b.	Comparación en la expresión de sememas en el concepto expansión, y los fenómenos jurídico-penales asociados por la doctrina penal para la inflación como término .....	191
3.	DOS POSIBILIDADES SEMÁNTICAS DE INTERPRETACIÓN ENTRE “EXPANSIÓN” E “INFLACIÓN”: LA SINONIMIA Y LA HIPONIMIA .....	192
a.	Primera posibilidad interpretativa: la sinonimia.....	192
b.	Segunda posibilidad interpretativa: la hiponimia.....	192
c.	Falta de cohipónimos junto al término de “expansión” .....	196
IV.	LA PRODUCCIÓN HERMENÉUTICA JURISPRUDENCIAL Y LA <i>INFLACIÓN PENAL</i> .....	197
1.	EXPOSICIÓN .....	197
2.	TIPOS DE NORMAS GENERALMENTE PROBLEMÁTICOS PARA LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL Y SU RELACIÓN CON LA INFLACIÓN PENAL.....	199
a.	La doctrina general respecto a las normas problemáticas.....	199
b.	Sistematización de normas problemáticas y su relación a los fenómenos de inflación penal por la producción hermenéutica jurisprudencial .....	202
3.	PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA INFLACIÓN PENAL.....	204
a.	Las lagunas según el sistema explicativo de ALCHOURRÓN Y BULYGIN.....	204
b.	Lagunas jurídicas e inflación penal .....	207
V.	EL CONCEPTO VIOLENCIA EN LA CIENCIA PENAL Y SU RELACIÓN CON LA INFLACIÓN PENAL.....	212
1.	LA RELACIÓN CONCEPTUAL ENTRE ‘FUERZA’ Y ‘VIOLENCIA’ EN LA CIENCIA PENAL... ..	212
2.	VALOR SEMÁNTICO DEL CONCEPTO ‘FUERZA’ Y ‘VIOLENCIA’ EN RELACIÓN A LA INFLACIÓN PENAL.....	223
<b>PARTE III: ESTUDIO SOBRE LOS FACTORES POLÍTICOS QUE INCIDEN EN LA INFLACIÓN PENAL .....</b>		<b>227</b>
CAPÍTULO VI: DE LA “INGENIERÍA SOCIAL” A LA <i>INGENIERÍA POLÍTICA</i> : EL <i>DISEÑO</i> DE UN MODELO POLÍTICO .....		229
I.	EXPOSICIÓN .....	229
II.	CONCEPTO DE “POLÍTICA” .....	231

1.	RANCIÈRE Y LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LA “LÓGICA POLICIAL” Y LA “HETEROLOGÍA POLÍTICA” .....	231
2.	CASTORIADIS Y LAS DIFERENCIAS ENTRE LA POLÍTICA Y LO POLÍTICO .....	234
3.	DUSSEL Y LA DICOTOMÍA ENTRE LA POTESTAS Y LA POTENTIA.....	235
4.	OBSERVACIONES.....	237
III.	CONSERVACIÓN DEL PODER: FUNDAMENTO DEL SENTIDO DEL PODER POLÍTICO .....	239
IV.	INSTRUMENTOS DE LA INGENIERÍA SOCIAL .....	242
1.	LA ESTRATEGIA EN EL PODER POLÍTICO .....	242
2.	LA <i>ESTÉTICA POLÍTICA</i> .....	245
a.	Exposición.....	245
b.	El tratamiento de las sensaciones en MAQUIAVELO y HOBBS: un piano a ser percutido con objetivos políticos.....	247
c.	Manejo del “engaño” como forma para la conservación del poder en MAQUIAVELO .....	251
d.	Tripartición del poder MONTESQUIEU e invisibilidad como efecto estético.....	252
3.	LO ADMINISTRATIVO COMO REORGANIZACIÓN DEL PODER .....	253
4.	CONCLUSIÓN.....	256
CAPÍTULO VII: RELACIONES ENTRE EL PODER POLÍTICO Y EL DERECHO PENAL: LA ETIOLOGÍA POLITOLÓGICA DE LA INFLACIÓN PENAL.....		259
I.	EXPOSICIÓN .....	259
II.	EL DISEÑO POLÍTICO Y LAS RELACIONES ENTRE EL PODER POLÍTICO Y LA PENALIDAD.....	259
1.	EXISTENCIA DE LAS RELACIONES ENTRE PENALIDAD Y PODER POLÍTICO .....	259
2.	TIPOS DE RELACIONES INFERIDAS.....	260
a.	Entre el poder político y la penalidad .....	260
b.	Relaciones entre la economía (política-económica) y la penalidad.....	262
3.	INVISIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES COMO DISIMULACIÓN DE LA OSTENTACIÓN DEL PODER POLÍTICO.....	266
III.	TIPOS DE RELACIONES POLÍTICO-PENALES Y SU RELEVANCIA EN LOS DESEQUILIBRIOS INFLACIONARIOS.....	267
1.	RELACIÓN “EL AUTORITARISMO POLÍTICO PRODUCE AUTORITARISMO PUNITIVO” ....	267
2.	SEGUNDA CLASE DE RELACIÓN: “EL LIBERALISMO ECONÓMICO PRODUCE AUTORITARISMO PUNITIVO” .....	283
3.	COMPORTAMIENTO DE LAS RELACIONES ENTRE LA POLÍTICA Y LA PENALIDAD EN EL ESPACIO POLÍTICO .....	294
CAPÍTULO VIII: FENÓMENOS ACTUALES DE <i>ESTÉTICA POLÍTICA</i> QUE HAN INCIDIDO INFLACIONARIAMENTE EN LA PENALIDAD .....		303
I.	NECESIDAD DE UN MODELO QUE ABORDE LA <i>ESTÉTICA POLÍTICA</i> .....	303
II.	FUNDAMENTACIÓN METODOLÓGICA PARA LA EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA.....	303
1.	DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD A LA HIPERREALIDAD. ....	303
a.	El fenómeno ilusorio desde la biología del conocimiento .....	303
b.	La inversión de la realidad.....	305
c.	Construccionismo social: de BERGER y LUCKMANN a GERGEN .....	306
d.	Simulacro e hiperrealidad en BAUDRILLARD .....	311
2.	EL USO DE LA CRÍTICA EN UN CONTEXTO DE <i>EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA</i> COMO MÉTODO DE TRABAJO.....	312
3.	DESCRIPCIÓN GENERAL DE FENÓMENOS DE <i>EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA</i> .....	315
a.	Tipos de fenómenos .....	315
b.	Origen político de los fenómenos de epistemología política.....	319
III.	CIENCIA PENAL Y EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA EN LA <i>TEORÍA DE LA INFLACIÓN</i> 321	321
1.	PERTINENCIA E IMPORTANCIA DE SU RELACIÓN METODOLÓGICA .....	321
2.	LA TRAMPA DE LA INDISPUTABILIDAD DE LO EVIDENTE .....	322
IV.	ACONTECIMIENTOS POLÍTICOS OBSERVABLES POR LA <i>EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA</i> Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PENALIDAD. DESDE LA “GUERRA FRÍA” HASTA LA ADMINISTRACIÓN OBAMA EN EUA. ....	324
1.	EL TERRORISMO DE LOS STAY-BEHIND EN EUROPA OCCIDENTAL (1948-1990).....	324
2.	ATENTADO EN OKLAHOMA CITY, USA (1995).....	328
a.	Los hechos .....	328
b.	Inconsistencias, discordancias o disonancias del caso:.....	329

c.	Consecuencias en la penalidad .....	332
d.	Críticas surgidas por la dictación de la AEDPA .....	336
3.	LOS ATAQUES DEL 11/S USA (2001) .....	338
a.	Hechos puestos en cuestionamiento .....	338
b.	Motivos probables del ataque.....	343
c.	Actitud política post-11/S de USA.....	344
d.	Consecuencias en la penalidad.....	346
e.	Críticas de la doctrina jurídica estadounidense a la <i>Patriotic Act</i> .....	348
4.	EL TIEMPO POSTERIOR AL 11/S (2009-2014).....	354
V.	PALABRAS FINALES .....	356
<b>CONCLUSIÓN.....</b>		<b>365</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>		<b>379</b>



## AGRADECIMIENTOS

Mi familia fue, es y siempre ha sido mi soporte. Son ellos a quienes debo el acompañarme a la distancia, y su aporte espiritual y material (si se puede dividir) es el que posibilita mi estancia doctoral en Salamanca y este mismo trabajo, en tanto exigencia y epílogo del Doctorado. Gracias por ello a mis hermanos Jorge, Alex en particular; y a mis cuñadas y sobrinos que pudieron estar expectantes.

A Lorena Alejandra, porque creer siempre en mí. Fue mi apoyo en mi estancia en España, copartícipe de la economía y organización que permitieron un calculado y distribuido asentamiento: los recursos y elementos fueron reorganizados, desmenuzados y redireccionados hasta la saciedad. Muchos de los dolores del “expatriado” por estudios, son ya nuestros y los compartimos y llevamos en silencio.

A mi amigo Gerson, por haber muchas veces sacrificado su tiempo para otorgarme atención en exámenes e interrogaciones.

A mis compañeros y amigos del Doctorado, en especial a Marlene Sandoval, por su amistad, su constante ayuda, su compañía y su lealtad; a Isabel Quintas Da Silva y su esposo Antonio, por su ayuda siempre permanente, incluso material; a Lina Mariola por su apoyo, su deseo de integrarme y a sus constantes y bienvenidas invitaciones a su hogar; a Lorena Balbuena, por su amistad y complicidad, y por sus acciones en mi interés y en desprecio de los suyos; a Tere por su amistad, bondad, desinterés total, apoyo en las tramitación de las etapas de mi tesis que produjo su celeridad para mi lectura, y también agradecimiento por sus constantes acciones salvíficas en mi beneficio, lo mismo que a Juan su esposo; a Violeta y a Alessandro, por guarecerme en su hogar y acogerme en los tiempos difíciles.

A mi amigos españoles Chuchi, Jesús y a la memoria de Isi, por su amistad, por acogerme en innumerables ocasiones en su hogar, y hacerme sentir como parte de su familia.

Al Área de Derecho Penal, encabezada por su Catedrático don Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, y a todos sus profesores, en especial a los profesores Cristina Méndez Rodríguez y Fernando Pérez Álavarez por haberme integrado en el tiempo del Doctorado en actividades académicas, y ofrecer y otorgar sus referencias personales.

Agradecimientos especiales a la Profesora Ana Pérez Cepeda.

A mi compañera de seminario y amiga, Doctora María Concepción Gorjón, por ayudarme de modo personal en los trámites para la lectura de tesis y doctoración con celeridad, diligencia y gran disposición.

Y finalmente a mi Maestro Hernán Hormazábal Malarée, por su invaluable ayuda para lograr administrativamente destrabar el largo período de espera en la lectura de la tesis, por su sabia guía en el proceso final de la elaboración de la misma, pero sobre todo, por su calidad humana y, guardando las salvedades y respeto de una relación maestro-discípulo, por su amistad.



*A mi Madre, siempre.  
A la memoria de mi padre.*





# INTRODUCCIÓN

## 1

Una de las constantes discusiones en la doctrina penal sobre todo en la tradición jurídica continental, y más aún en el presente, es la presencia del derecho penal en la vida civil. Y, ¿por qué habría de ser una preocupación? Porque aquél importa el uso de la fuerza estatal, lo que entraña algunos problemas y paradojas en la relación libertad/limitación de las libertades, libertad/deber, libertad/igualdad.

Esto lleva a varias preguntas: En el plano fáctico, ¿cuánto derecho penal se encuentra operando realmente en la vida civil? En el plano “normativo”, ¿cuánto derecho penal es admisible? En el plano político ¿cuáles son las acciones a tomar ante su presencia en ella?

Sin duda éstas no son todas las preguntas, pero al menos, las centrales del debate.

El problema de la intervención del derecho penal en la vida civil habla de su existencia, pero también de su crecimiento. Esto es, el por qué existe y el por qué aumentaría o bajo qué condiciones aumentaría. La primera pregunta no es el centro de esta investigación, sin perjuicio de ser tocada lateralmente; es más bien la segunda el punto nervioso.

El problema de la intervención del derecho penal en la vida civil se presenta como un problema de dos variantes cronológicas: en el presente y para el futuro. En el presente, ilustrado con la pregunta “¿por qué el legislador dicta legislación penal”; en el futuro, con la pregunta “¿por qué habría de dictarse? o ¿bajo qué fundamentos habría de dictarse? La variante del presente como pregunta, ha de ser respondida descriptivamente, fundados en el ser de las cosas; la segunda, “normativamente”, fundado en el “deber ser” de las cosas.

En el problema del presente, las primeras respuestas pueden partir desde la base de lo ingenuo: el legislador ha dictado legislación penal porque existen fenómenos criminales nuevos. Y esto podría traer de la mano una explicación de una causalidad del por qué ellos existen. Si se cierra allí el razonamiento, tenemos solo explicaciones sobre la superficie, ya que una pregunta científica y previa habría de ser: ¿cuándo estamos en presencia, desde la mirada de la ciencia penal, de un fenómeno criminal nuevo?, o bien, ¿qué deberíamos considerar para el derecho penal algo nuevo y cuando no? Esta pregunta trae diferenciación y distinción, que es propio de una de las primeras tentativas metodológicas de la crítica.

Sino todas, pero los puntos nerviosos de dichas preguntas, se intentará responder con la teoría presentada aquí.

## 2

Existen algunas tendencias desde dentro de la ciencia penal<sup>1</sup> sobre el papel del derecho penal en la vida civil.

---

<sup>1</sup> POPPER critica la actitud del positivismo frente a otras formulaciones de problemas con sentido, enfocándose el autor respecto de un antagonismo hacia la filosofía, por ejemplo. En efecto señala el mismo que “Al positivista le desagrada la idea de que fuera del campo de la ciencia empírica «positiva» puedan existir problemas con sentido”, a lo cual opina que “si se admite que únicamente los problemas de la ciencia

Unas, buscan minimizar su uso, tales como la llamada “Escuela de Frankfurt” y la tendencia del “Derecho penal mínimo”, las cuales son -a nuestro modo de ver- la expresión liberal, burguesa e ilustrada del derecho penal (*derecho penal liberal*).

Otras, son miradas por la doctrina como tendencias que buscan maximizar su uso, como el así llamado “Derecho penal del enemigo” (en su vertiente legitimadora, como ya lo veremos), pero que más bien, y según la idea de su postulador JAKOBS, busca separar de un derecho penal del ciudadano aquel derecho penal que maximizaría las posibilidades del mismo dentro de la vida civil, por relativizar o hacer renuncia de las garantías que concede el derecho penal (y procesal penal) al ciudadano, el cual denomina JAKOBS como “derecho penal del enemigo”. Es así como tal derecho penal del enemigo sería -como una suerte de “gesto” político-criminal en aras de depurar el régimen de libertades ciudadanas- una liberalización político-filosófica de la penalidad, y por ello reclama un lugar, igualmente que la tendencia anterior, en el derecho penal liberal.

Entre éstas surge no una tendencia, sino más bien un modelo que intenta explicar el crecimiento del derecho penal en el último tiempo que denomina como “post-industrial”, desde la sociología jurídico-penal en concomitancia con la criminología, y que propone cómo administrar dicho aumento del derecho penal, lo que lo conduce a transitar sobre el camino de la política-criminal. Ésta es “la expansión” o, como preferimos llamar acá, *modelo de la expansión*, formulado por SILVA SÁNCHEZ en su libro “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales” y al cual nos referiremos de modo abreviado como “La Expansión...”.

En la contraposición entre doctrinas y teorías (muy general), mientras las que llamamos tendencias, son más bien *doctrinas*, ésta última no siendo doctrina tendríamos que decir que es una *teoría*, porque intenta explicar causalmente el aumento del derecho penal, indistintamente que finalmente haga una propuesta político-criminal. Como teoría, y adelantando algunas observaciones que ya veremos, es más bien un *modelo explicativo*, dado a que no es predictiva, puesto que no se hace posible determinar en el futuro cuándo habrá de ocurrir un aumento del derecho penal, y solo hace factible describir (desde su lógica) qué situación presente habría de ser ‘expansión’.

Es justamente desde esta base desde la cual partirá nuestro análisis, por dos motivos:

- i. Por ser *la expansión* un modelo de explicación general sobre las causas del aumento del derecho penal en la vida civil, cuestión a la que se aboca principalmente este trabajo.
- ii. Por ser un modelo explicativo aceptado ampliamente por la comunidad científica hispano-portugués parlante, convirtiéndose a su vez en un modelo de explicación dominante en la ciencia penal.

### 3

Hace casi tres lustros que han pasado desde que se publicara “La Expansión...”, el cual ha tenido y tiene una repercusión importantísima para la ciencia jurídico-penal

---

natural tienen sentido, todo debate acerca del concepto de «sentido» se convierte también en algo carente de sentido” (POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, p. 49, p. 50). Si bien dicho a propósito de la filosofía, como señalamos, no es óbice para hacer extensivo el pensamiento a cualquier otra disciplina que merezca título de ciencia. Hay cierto chovinismo del científico de la ciencias duras, al transitar la dirección que señala POPPER, y otros cuantos, provenientes del mismo mundo de las ciencias normativas, que repelen el considerarlas como tal, sino sólo como disciplinas. Ellos, son como algunas mujeres que justifican el machismo.

iberoamericana<sup>2</sup>, y de discusión y debate para algún sector de la ciencia jurídico-penal italiana y alemana<sup>3</sup>. Fuera de ser texto, y por ende, una unidad de sentidos discursivos, igualmente representa para nosotros, y como hemos venido repitiendo, la exposición de un modelo de explicación.

El *modelo de la expansión* así, representa el intento de postular una sola visión que unifique los principales problemas que afectan al derecho penal en el estado actual, cuestión meritoria ya, por el sólo hecho de intentar formular un modelo explicativo que pretenda encontrar un hilo conductor para los fenómenos jurídico-penales del presente.

El modelo de la expansión así, presenta fundamentalmente dos hipótesis:

a) *Que el derecho penal del estado actual se ha maximizado, por causa de antecedentes propios de la sociedad actual*, el cual se forma por las siguientes aserciones:

- a.i.) El derecho penal actual ha aumentado progresivamente o se ha "expandido";
- a.ii.) El derecho penal actual se ha "expandido", por causas propias de la "sociedad postindustrial";

b) *Que el nuevo derecho penal naciente de dicha maximización, corresponde a una especie que en su conjunto, no dispone de las mismas garantías que el derecho penal clásico, y por ende, lo contamina*, el cual se forma a su vez por las siguientes aserciones:

- b.i.) El derecho penal de la expansión es diferente del derecho penal clásico;
- b.ii.) El derecho penal de la expansión es diferente por no disponer de las garantías del derecho penal clásico;
- b.iii.) El derecho penal de la expansión, presenta la probabilidad de contaminar al derecho penal clásico.

La *primera hipótesis* (a), es necesario presupuesto de la segunda de ellas (b).

Para la explicación y respuesta de la primera aserción de la primera hipótesis, "a.i", utiliza lo que para nosotros es el argumento de la indisputabilidad de lo evidente (crecimiento legislativo, introducción nuevos tipos, agravación de los mismos como fenómenos evidentes), y pretende establecer luego, objeto de la aserción "a.ii", una explicación causal con algunos fenómenos sociales que provocarían la expansión.

Para el caso de la *segunda hipótesis*, "b", establece luego, una proposición de *lege ferenda*, de separar las clases de derecho penal con sus diversos institutos, en dos "velocidades" (1º edición de "La expansión..."), y luego en tres "velocidades" (2º edición de "La expansión...").

Con ese objeto, se adopta una visión *epistemológica* como fundamento *metodológico*: la *teoría del riesgo*; para desde allí elaborar una premisa *epistemológica*

---

<sup>2</sup> Vid. las apreciaciones de ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico", p. 34. Fuera de la apreciación de ABANTO, basta comprobar la difusión de dicha discusión, y cómo ha servido dicho modelo como fundamento metodológico político-criminal en mucho de los estudios actuales (aún en la misma Escuela de Barcelona. Así la indicación de ser aquel fundamento en los estudios de CORCOY en CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU; MIR PUIG, SANTIAGO; GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR "Prólogo", p. XXIX; ídem, FERNÁNDEZ BAUTISTA, SILVIA "Las biotecnologías: alcance, eficacia y legitimación del derecho penal", p. 315) y de obligada referencia respecto de otros (para abordar ciertas reflexiones del actual derecho penal, MIR PUIG recurre al concepto de expansión. Cfr. MIR PUIG, SANTIAGO, "Constitución, derecho penal y globalización", p. 9).

<sup>3</sup> De ello darían cuenta las recensiones al texto de SILVA SÁNCHEZ citado, tanto por MILITELLO y JAKOBS. Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2º edición), pp. 229 y ss.

desde la sociología jurídica para la ciencia penal: el *aumento del derecho penal en la sociedad actual*, produciendo para ello un modelo metodológico de explicación de derecho penal (causas del aumento, sectorización del derecho penal, determinadas sanciones para los ámbitos sectorizados del derecho penal), que es básicamente lo que hemos denominado como *modelo expansivo*.

La doctrina penal ha tenido fundamentalmente en consideración para su discusión y crítica, la segunda de las hipótesis del modelo expansivo, que es más bien la propuesta político-criminal, y no la primera hipótesis, en la cual está integrada la premisa epistemológica. En efecto, y como se comprobará, las críticas se concentran en las consecuencias político-criminales del modelo. Si bien existen críticas metodológicas, éstas no alteran básicamente el diagnóstico, siendo la primera hipótesis muy poco cuestionada, y la premisa epistemológica prácticamente intocada. Y si bien existen críticas epistemológicas del modelo de observación, ni cuestionan ni explican la premisa epistemológica principal del modelo expansivo, que ya sabemos que es, el aumento del derecho penal.

Al abordar solo la segunda de las hipótesis, y por ser la primera hipótesis premisa mayor de aquélla, da por supuesto la primera, lo cual produce indisputabilidad de dicha premisa. Por ende, la doctrina penal mayoritariamente da por sentada la maximización del derecho penal y la causalidad del fenómeno descrito en el modelo expansivo. Ello implica que sobre este punto no existe oposición alguna. El pasar directamente de la primera a la segunda sin discusión alguna, supone validar de entrada el modelo expansivo en su diagnóstico inicial y su descripción de la realidad.

El fundamento metodológico de la primera hipótesis (y del modelo expansivo) es la teoría de la sociedad del riesgo de BECK. Pero dicha sociología dispone de una visión muy particularizada, y opera sobre una superficie de realidad, sobre las operaciones de la experiencia y/o comportamiento de los sujetos en sociedad según sus causas próximas, pero sin indagar la gramática de lo profundo y la realidad poco visible de las relaciones sociales. Es de algún modo una sociología bastante postmoderna, con sus claras consecuencias metodológicas donde -y como dijera MARX/ENGELS- “todo lo sólido se desvanece en el aire”, y en que se experimenta un tránsito de la inanidad al onanismo.

La primera hipótesis, por ende, contiene dicha teoría y las consecuencias metodológicas de ésta para el derecho penal que el modelo expansivo extrae, y que a su vez pretenden fundamentar la aserción principal del modelo expansivo, aserción principal que es su presupuesto epistemológico: el aumento del derecho penal.

Es por ello que la *Primera Parte* de esta investigación que lleva por nombre “Crítica metodológica al modelo teórico de la expansión del derecho penal” tiene justamente como objeto de estudio el modelo expansivo y su fundamentos metodológico como lo es la teoría de la sociedad del riesgo de BECK, para establecer una crítica de los mismos.

#### 4

El por qué esta investigación la hemos denominado como “teoría” se debe a que fuera de intentar ser explicativa, pretende ser igualmente predictiva.

La presente investigación, presenta un modelo de explicación sobre los aumentos y disminuciones del derecho penal en la vida civil, ello porque, y como criterio de validación según MATURANA y VARELA, hace:

“1. Descripción del o los fenómenos a explicar de una manera aceptable para la comunidad de observadores [*aumentos de la legislación penal y positiva; variaciones o alteraciones de los fenómenos políticos* –Parte III-];

2. Proposición de un sistema conceptual capaz de generar el fenómeno a explicar de una manera aceptable para la comunidad de observadores (hipótesis explicativa) [*“inflación” y “deflación” del derecho penal* –Parte II-];
3. Deducción a partir de lo anterior (2) de otros fenómenos no considerados explícitamente en su proposición. Así como la descripción de sus condiciones de observación en la comunidad de observadores [*inflación de la pena, etc.* –Caps. V y Parte IV-];
4. Observación de estos otros fenómenos deducidos a partir de (2)” [*elasticidad de la Ley 19.223* –Parte II-]<sup>4</sup>.

Pero además, es posible a través de dicho modelo predecir el comportamiento de la política-criminal de un Estado, al tener en consideración sus causas o factores que regularmente se relacionan con fenómenos del poder político, e igualmente, económicos (política económica). Dicho comportamiento estaría ligado a la producción normativa de la legislación penal, sobre todo respecto a la tendencia de su acrecimiento. Siendo así, la predicción es solo cualitativa, no siendo posible reducir a términos cuantitativos.

Como teoría o –en dichos de LAKATOS- “programa de investigación”, dispone de un “centro” o “núcleo firme” y de una “heurística positiva” que esboza un “cinturón de hipótesis” o “conjunto de técnicas para la solución de problemas”<sup>5</sup>.

Podríamos señalar que el “núcleo fuerte” de esta teoría de la inflación penal se expresa de la siguiente forma hipotética:

*Los aumentos o disminuciones de la legislación penal estatal y positiva se encuentran directamente relacionados y dependientes a causas endógenas y exógenas.*

A saber:

- Los aumentos o disminuciones de la legislación penal estatal y positiva se encuentran directamente relacionados y dependientes a los aumentos o disminuciones en la producción de bienes jurídicos materiales (*causas endógenas*).
- Los aumentos o disminuciones de la legislación penal estatal y positiva se encuentran directamente relacionados y dependientes a las alteraciones del fenómeno político (*causas exógenas*).

Toda la “heurística positiva” la conforman diversas hipótesis que se expresan de manera progresiva, a lo largo de esta investigación, y del modo que sigue:

*Que al derecho penal lo conforma no sólo la legislación penal estatal y positiva que constituye el derecho penal estatal, sino igualmente un derecho “vivo” un “nomos” que surge desde las relaciones sociales.*

---

<sup>4</sup> Como exigencias para un sistema explicativo científico para MATURANA y VARELA, *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1986, pp. 15-16.

<sup>5</sup> LAKATOS, IMRE, *Historia de la ciencia*, [trad. DIEGO RIBES NICOLÁS], Tecnos, Madrid, 1987, pp. 25-26; LAKATOS, IMRE, *La metodología de los programas de investigación científica*, [trad. JUAN CARLOS ZAPATERO], Alianza Universidad, Madrid, 1989, pp. 229-230.

*Que parte de ese derecho penal vivo lo constituyen los bienes jurídicos materiales.*

*Que el derecho penal “vivo” o “nomos” y el derecho estatal conforman un todo productivo que se manifiesta en un ciclo de producción del derecho penal.*

*Que dicho derecho penal “vivo” da fundamento al derecho penal estatal, como una etapa previa de éste, en razón del mencionado ciclo de producción del derecho penal.*

*Que el derecho penal no es connaturalmente “violencia”, sino fuerza, y que es el conjunto de prácticas y su configuración (diseño) quien transforma la fuerza en violencia.*

*Que el derecho penal moderno ha sido construido en razón de un doble diseño de ingeniería social político y político-criminal ilustrado, con los objetivos de: usar su porosidad con la política, usar dicha porosidad con utilidades políticas, usarla sin serle manifiesta a los gobernados (invisibilidad).*

Todas estas hipótesis de trabajo, como se verá, están expresadas a lo largo de este trabajo, y todas ellas confluyen hacia el núcleo de la teoría y como forma de darle sustento a la misma.

## 5

El fundamento metodológico de esta investigación se encuentra en el así denominado “derecho penal crítico”<sup>6</sup> de BUSTOS/HORMAZÁBAL<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> BUSTOS, JUAN, “Control Social y Sistema Penal”, Barcelona, PPU, 1987, p. 537 y ss. Otros autores realizan referencias con dicho “término”, pero sin conceptualizarlo, ni establecer metodológicamente una definición del mismo. Vid. ELSIE ROSALES, quien hace una referencia, en el sentido que FARALDO habría hecho una explicación de las velocidades de Silva Sánchez desde la perspectiva del “derecho penal crítico”, sin explicitar qué entiende por derecho penal crítico, y cómo habría de desarrollar la autora su explicación de dicha perspectiva, por lo que solo utiliza la referencia como un mote sin mucho sentido metodológico. Vid. ROSALES, ELSIE, “Globalización del control penal y terrorismo”, *Politeia*, 2009, vol. 32, N° 42, pp. 57-78. [Disponible online: [http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0303-97572009000100003&lng=es&nrm=iso](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-97572009000100003&lng=es&nrm=iso)], [fecha acceso: 29/07/2013]. Lo mismo SERRANO MAÍLLO, el cual hace solo la mención (señalando a Birkbeck como fuente de la utilización indirecta del término, pero sin señalar cita alguna a éste). Vid. SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, “La punitividad bajo una nueva perspectiva: simbolismo, campo burocrático y mecanismos”, *Res*, N° 15, 2011, pp. 107-113, <http://www.fes-web.org/uploads/files/res/res15/07.pdf>, fecha acceso: 29/07/2013. En OLMO y ANIYAR DE CASTRO que lo refieren, aunque igualmente sin conceptualizarlo, al menos lo relacionan con la criminología crítica. Vid. OLMO, ROSA DEL, “Criminología y Derecho Penal. Aspectos Gnoseológicos de una Relación Necesaria en América Latina”, *Revista Doctrina Penal*, Año 10, N° 37, enero-marzo, 1987, pp. 23-43, p. 23; ANIYAR DE CASTRO, LOLITA, “Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI”, *Capítulo Criminológico*, Vol. 36, N°2, 2008, pp. 5-39. Disponible online: <[http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-95982008000200001&lng=es&nrm=iso](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982008000200001&lng=es&nrm=iso)>, p. 37).

Según aquél y a grandes rasgos, las particularidades del mismo se encuentran en entender el bien jurídico como centro de definición metodológico para el derecho penal; en la tripartición de la teoría general del derecho penal en “teoría general del delito”, “teoría del sujeto responsable” y “teoría de la pena”; la desconsideración sistemática de la categoría de la culpabilidad dentro de la teoría general del delito y su aparente reconducción, pero que significa más bien otra definición metodológica en la llamada “teoría del sujeto responsable”; desde la teoría general del derecho, estimar al derecho penal formado por normas imperativas y prohibitivas, excluyendo las permisivas pero incluyendo las normas de reconocimiento (es así como conciben las causas de justificación como normas de reconocimiento y no como normas permisivas); relación entre derecho penal y política (no solo la política criminal); pretensión de una ciencia penal integrada (derecho penal, criminología, política criminal); considerar a la ciencia penal una teoría material.

La mayoría de estos presupuestos, como podrá ser visto, son considerados como fundamento para este trabajo, con algunas variaciones según podrá comprobarse a lo largo de estas páginas.

## 6

Toda la investigación es de uno u otro modo cruzada metodológicamente por una “suerte” de *teoría de las relaciones*, y se habla de “suerte” de teoría, porque no se encuentra elaborada aquí, sino solo expresados algunos elementos.

Una supuesta teoría *general* de las relaciones debería encontrar su fuente en el pensamiento marxiano, desde el propio Marx hasta Bourdieu, debiendo tener por objeto de estudio las relaciones, y determinar los tipos de relaciones existentes, sus formas y grados de interacción, lo que finalmente se traduzca en precisar cómo y de qué forma afecta lo que sucede en un punto o nodo de la relación con respecto a otro, y a su vez éste en correspondencia con el primero, pero entendiendo que la relación comprende un fenómeno distinto y nuevo a los nodos que por él se interconectan<sup>8</sup>.

En lo que respecta a su ámbito *restringido* y para esta investigación, es una teoría auxiliar a ésta de la inflación penal, que pretende aproximarse a la determinación de las causas inflacionarias, y que toma en consideración a la política, por los vínculos ineludibles con el derecho penal al depender de él en su construcción según el derecho penal crítico<sup>9</sup>.

Al tratar dichas causas se pretende determinar el por qué ocurre un incremento en el derecho penal, esto es, si dicho incremento responde a un aumento de violencia o solo

---

<sup>7</sup> Si bien reconocemos otras líneas metodológicas de corte crítico en el derecho penal, tales como las de ZAFFARONI y GRACIA MARTIN, éstas ni han sido denominadas como ‘derecho penal crítico’ por sus autores, ni tampoco van completamente en dicha dirección. No es asunto el someter aquí a expresar el por qué de esta afirmación (que daría lugar a un trabajo aparte), pero solo se podría decir de modo a priori que ZAFFARONI bordea los límites de las visiones postmodernistas, y GRACIA MARTÍN de denomina a sus sistema como “criticismo dogmático filosófico”.

<sup>8</sup> En cuanto al desarrollo de la “relación” como objeto, y una aproximación a un significado para la ciencia penal en CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, “La ‘relación’ como objeto de la ciencia del derecho penal”, *Revista Ius et praxis*, Año 18, N° 1, 2012, pp. 151-186.

<sup>9</sup> “El Derecho penal no puede seguir siendo pensado como ciencia dogmática en el sentido más estricto de la palabra, anclado en una concepción aséptica del derecho que pretenda desconocer su naturaleza de ciencia social y, por lo tanto, su naturaleza esencialmente política” (HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, “Política penal en el Estado democrático”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984, pp. 333-346, p. 334).

equilibra la correlación con los bienes jurídicos materiales. Dicha hipótesis (igualmente que en los casos anteriores, pero de modo más auxiliar que las hipótesis anteriores y como teoría de apoyo) formaría parte de su “cinturón protector”.

7

Para la composición del texto y la investigación central prácticamente se ha echado mano a toda la literatura científica atinente al tema en cuestión, lo cual supone tener como primera fuente de recursos, la bibliografía y hemerografía disponible tanto en español como en otros idiomas, fundamentalmente en inglés, en italiano, y en menor porción en alemán, cuestión que da cuenta la bibliografía al final de este trabajo. Dado al enfoque del trabajo, si bien se utiliza obviamente todo el material bibliográfico y hemerográfico relativo a la ciencia penal, necesariamente se extiende a la utilización de material relacionado interdisciplinariamente, tales como la ciencia del derecho general (historia del derecho, filosofía del derecho), la filosofía general (epistemología, filosofía política, filosofía del lenguaje, estética), la sociología (general y jurídica), la literatura periodística (volcado en libros o artículos periodísticos) e incluso algunos referidos a las ciencias duras.

8

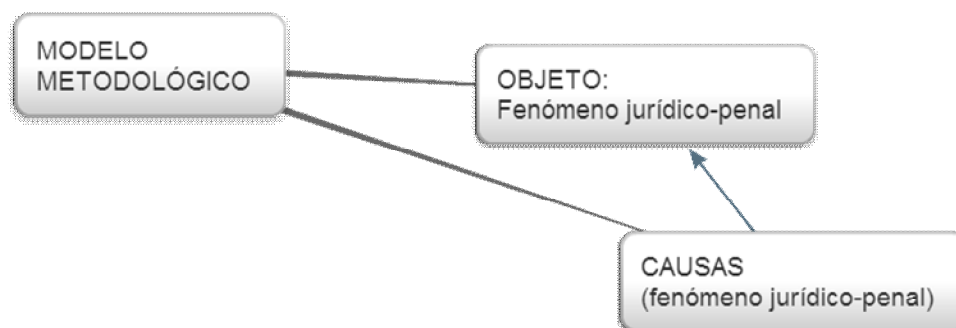
El presente trabajo se encuentra estructurado en cuatro partes:

1. Crítica metodológica al modelo teórico de la expansión del derecho penal.
2. Fundamentos teóricos para un modelo basado en el concepto de “inflación penal”.
3. Estudios sobre los factores políticos que inciden en la inflación.

Algunas aclaraciones previas para explicar la estructura de este trabajo.

Como fundamentalmente nuestro punto de partida es la crítica al modelo expansivo, se hace necesario indicar cómo concebimos nosotros la construcción sistemática de su discurso, para poder entender a su vez el cómo nuestra estructura sistemática responde a algún sentido.

A grandes rasgos, el modelo expansivo se puede ilustrar del siguiente modo:



Para una mejor descripción, al que llamamos en el modelo expansivo como *modelo metodológico* lo constituye tanto la *base o fundamento metodológico*, que para este caso



es la teoría del riesgo de BECK y el derecho penal del enemigo (en menor medida); como la *traducción* que se hace de dicha base o fundamento, en la visión del autor para su modelo. Dicho modelo metodológico, lo refiere a un objeto al que aplica su metodología, como lo es un *fenómeno jurídico-penal* determinado como lo es el aumento de la legislación penal (nuevos tipos penales, agravamiento de los existentes, etc.), y los condicionantes de ese objeto como lo serían las *causas* a dichos fenómenos.

Como intentaremos demostrar las debilidades del modelo expansivo a nivel metodológico, es en razón de dichas críticas que propondremos un distinto modelo de análisis y de explicación del fenómeno jurídico-penal que el modelo expansivo ha referido. Para ello se hace necesario seguir una construcción similar y que en todo caso corresponde, en mayor o menor medida, a cualquier modelo teórico. Es así como se busca proporcionar un modelo metodológico que pueda dar explicación de los fenómenos jurídico-penales que observa el modelo expansivo como su objeto.

Así, la Parte I tendrá como objetivo la crítica al modelo expansivo. La Parte II intentará dotar tanto de un modelo metodológico para el análisis de idéntico objeto que el modelo expansivo, es decir, el aumento de la legislación penal, como también de una causalidad material para la explicación (por qué aumentaría) y fundamento “normativo” (cuándo y por qué debería) del aumento. La Parte III expresará el análisis de los factores o causas politológicas para los fenómenos de crecimiento en la legislación penal.

A su vez, La Parte I, como ya habíamos anunciado, se estructura de dos capítulos: Capítulo I: Estado de la cuestión: *“La Expansión del derecho penal” y la discusión iberoamericana producida a partir de ella*; y, el Capítulo II: *Los problemas que presenta el modelo teórico de la expansión*.

La Parte II, consta de cuatro capítulos:

Capítulo III: *La tesis del bien jurídico y su doble significado*. En él se asume como presupuesto metodológico desde la teoría general del derecho, el *antiformalismo*. Desde esta base se adhiere, como fundamento metodológico para la ciencia penal, a la tesis de bien jurídico, y en específico, la del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL. Hacemos mención del doble significado que se atribuye al bien jurídico, esto es tanto su significado material y aquél estrictamente legal, estatal y positivo. Sobre este punto, nuestra toma de postura estará situada en aceptar ambos significados para el concepto de bien jurídico.

Capítulo IV: *Modelo de las incongruencias jurídico-sociales*. El mencionado capítulo tiene por objetivo exponer un modelo explicativo sobre el fenómeno que acusan algunos autores en derecho, tales como el desfase que se encuentra existente entre la legislación penal incorporada en un tiempo, y las necesidades sociales que pretende cubrir. Este desfase es llamado “cambio social” y será fundamental en su edificación las reflexiones de NOVOA al respecto. La construcción de un índice que permita medir cuándo una ley se encuentra incongruente con la realidad social a la cual se trata de aplicar, será otros de los propósitos del capítulo. Es así como conceptos tales como “elasticidad” serán centrales aquí.

Capítulo V: *Hacia un concepto de “inflación penal”*. Aquí se trata de construir un sistema conceptual que satisfaga la explicación de los fenómenos en que el derecho penal interviene en la vida civil, y de qué forma interviene. Las incongruencias mencionadas para el capítulo anterior, aquí tendrán su pleno reflejo en los desequilibrios existentes entre la producción de bienes material y la producción normativa. De dichos desequilibrios surgen finalmente los aumentos o disminuciones del derecho penal en la vida civil, que se mide por la relación biunívoca entre los aumentos o disminuciones de la producción normativa y la producción de bienes jurídicos materiales, y que se ha denominado como “inflación penal”, usando este término ya existente en la doctrina penal, al cual se le da un significado específico. De éste surgen otros, como el de “deflación”. La revisión de la producción hermenéutica es también un punto crucial, en cuanto se revisa

su relación con las lagunas en derecho, para relacionarlos con los campos no cubiertos por las legislaciones penales, y cómo aquellas lagunas se relacionan con la inflación penal, al igual que la porosidad del lenguaje legal bajo el signo lingüístico y jurídico-penal del *tipo penal*.

La Parte III se compone de tres capítulos, siendo éstos:

Capítulo VI: *De la ingeniería social a la ingeniería política: el diseño de un modelo político*.

Con dicho capítulo se persigue expresar el cómo se visualiza la utilización de cierta ingeniería social en los discursos politológicos de la modernidad temprana, con el objeto de construir cierto tipo de sociedad política. Ello ha llevado a su vez, a la confección de herramientas sociales y políticas que permitirían el objetivo del poder político que es el ejercicio del mismo libre y sin perturbaciones.

Tal capítulo se hace necesario, porque los modos de configuración del poder político repercuten finalmente en la penalidad, que será motivo del Capítulo VII y siguiente, intitulado *Relaciones entre el poder político y el derecho penal: la etiología politológica de la inflación penal*.

Es en éste donde se utiliza la suerte de teoría de las relaciones en su variante restringida y aplicada a las relaciones entre la penalidad y el poder político, como factor que influye para la alteración del derecho penal, básicamente su aumento en la sociedad civil. Por ende, se ve el impacto que genera el ámbito político, cómo afectaría la penalidad, y sus relaciones que inciden en sus aumentos inflacionarios.

El Capítulo VIII denominado *Fenómenos actuales de estética política que han incidido inflacionariamente en la penalidad*, tiene por objeto examinar, como su título ya lo señala, ciertos fenómenos de *estética política* que se han dado en la actualidad, que de algún modo representan la existencia de una constante en la forma de su producción, y que han influido inflacionariamente en la penalidad. Como los fenómenos de *estética política* son producto de la ingeniería política, supone un elemento intencional en su construcción. Para poder establecer una distinción respecto de aquellos fenómenos en que la *estética política* no ha incidido, se hace necesaria la confección, en primer lugar, de un modelo de observación politológico que integre elementos metodológicos que permitan dicha distinción. Tal modelo lo representaría la denominada aquí *epistemología política*, que estaría justamente avocada a la tarea del estudio de los fenómenos de la *estética política*. Una vez y recién determinado ello, se podrá analizar las consecuencias inflacionarias en la penalidad.

## **PARTE I: CRÍTICA METODOLÓGICA AL MODELO TEÓRICO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL**



## CAPÍTULO I: ESTADO DE LA CUESTIÓN: “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL” Y LA DISCUSIÓN IBEROAMERICANA PRODUCIDA A PARTIR DE ELLA

### I. PLANTEAMIENTO ORIGINAL DEL MODELO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL POR SILVA SÁNCHEZ

#### 1. LA PRIMERA EDICIÓN DE “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”

Congruente en contenido a una serie de conferencias pronunciadas por SILVA SÁNCHEZ en 1999 -según confiesa el mismo autor en la “nota previa” del texto-, su libro “La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales” (1999), es publicado en España. Sin embargo, ya anunciaba parte de él en otros trabajos anteriormente publicados a las conferencias referidas<sup>10</sup>.

En la “Introducción”, el autor establece una contraposición entre la postura del Derecho Penal Mínimo y la “tendencia general de la legislación”<sup>11</sup> hacia la maximización del derecho penal, lo cual denota la tensión producida entre dos aspectos: primero, entre una postura doctrinaria y la realidad jurídico-penal; segundo, entre la minimización y la maximización del derecho penal -cuestión desde ya, y como señala ROXIN, controvertida y distante de resolverse<sup>12</sup>-. La arremetida maximalista sin “freno”<sup>13</sup> del derecho penal, contrasta -según el autor- con la postura del derecho penal mínimo falta de contenido concreto y sin límites conceptuales precisos<sup>14</sup>, y con discordias doctrinales sobre su alcance aún entre sus propios militantes<sup>15</sup>. Tal antinomia habría de desembarcar en el Código Penal Español, según la propia Exposición de Motivos<sup>16</sup>. Es dentro de este contexto que SILVA SÁNCHEZ utiliza el término “expansión”, para referirlo a dicho maximalismo en tensión o contraposición.

Es así como “expansión”, habría de ser aplicado a esta tendencia general maximalista representada por la “creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”<sup>17</sup>.

Dicha expansión presenta algunas características que el autor señala, tales como que presenta una “cobertura ideológica”<sup>18</sup>, y que responde al modelo social configurado en los últimos 20 años, sentado este último sobre una constante demanda social de mayor protección y a la creación de opinión pública<sup>19</sup>.

<sup>10</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, *Actualidad Penal*, 8 al 14 de junio, Nº 23, 1998, pp. 435-449.

<sup>11</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, p. 17.

<sup>12</sup> ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, [trad. CARMEN GÓMEZ RIVERO Y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO], Tirant lo Blanche, Valencia, 2000, p. 27. Esto, para los años de la publicación de sus dichos (2000), aunque válido para hoy, siendo sinceros.

<sup>13</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), p. 18.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, pp. 16-17.

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 18-19.

<sup>17</sup> *Ibíd.*, pp. 17-18.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, pp. 19-20.

La sección 2 de su libro se titula “Sobre algunas causas de la expansión del derecho penal”. Ya es suficientemente clara su titulación sobre su contenido, donde en general trata de los fenómenos sociales, jurídicos y políticos cuyos efectos en el Derecho penal producen como resultado la expansión de aquél<sup>20</sup>. Uno de los fundamentos más gravitantes para justificar sus causas, es la llamada sociología del riesgo, sobre todo en las reflexiones de su vocero más prominente como lo es ULRICH BECK<sup>21</sup>. Así, el punto de partida es el riesgo en las sociedades modernas de procedencia humana, en alianza con los avances tecnológicos<sup>22</sup>, lo que hace que el grado de interrelación entre los sujetos, bajo estas condiciones, aumente las posibilidades de producción de riesgos y consecuencias lesivas<sup>23</sup>.

Dentro de este contexto, la delincuencia intencional se reduce, además de las formas tradicionales, a la criminalidad organizada, sucumbiendo cuantitativamente ante la delincuencia no intencional<sup>24</sup>, que procede desde fallos técnicos<sup>25</sup>, hasta fenómenos de control de riesgos que aumenta la cadena de funciones y de delegación de aquellas –con la consiguiente pérdida de dominio real del curso de los acontecimientos y de las situaciones concretas<sup>26</sup>-, y por ende de riesgos y aumento de ellos, incidiendo en conductas que penalmente bordearían los delitos de comisión por omisión<sup>27</sup>.

Otra de las causas que señala el autor, sería la crisis del modelo del Estado de bienestar, provocando problemas de desvertebración interna que se reflejan en el desempleo, la migración, la criminalidad callejera, lo que hace del “otro” un riesgo<sup>28</sup>.

Una tercera causa de índole subjetiva, y que SILVA SÁNCHEZ lo refiere como el más significativo<sup>29</sup>, sería la sensación social de inseguridad o, derechamente, de miedo<sup>30</sup>, la cual sería superior a la existencia de riesgos objetivos<sup>31</sup>, lo cual produce una desorientación cognitiva que para no sentirla, se pretenda buscar una orientación normativa en el derecho penal<sup>32</sup>, y por ende, comiencen a surgir demandas de protección del derecho penal<sup>33</sup>.

Esta sensación de inseguridad en muchos casos, se encuentra alimentada por los medios de comunicación masivos<sup>34</sup>, que generan en la opinión pública, no sólo “percepciones inexactas”, sino también la sensación de impotencia<sup>35</sup>, debido, entre otras a la reiteración de los hechos noticiosos, la exposición sesgada de la realidad, la excitación del morbo<sup>36</sup>.

Una cuarta causa, sería la conformación de la sociedad en una de sujetos pasivos, “beneficiarios (...) de la transferencia de riqueza, más que creadores de los excedentes objeto de transferencia”, pensionados, consumidores o sujetos pacientes “de los efectos nocivos del desarrollo”<sup>37</sup>, cuestión que modifica, y en relación a la sensación de

---

<sup>20</sup> Ibíd., p. 97.

<sup>21</sup> Y como así lo declara expresamente el autor, Cfr. Ibíd., p. 21.

<sup>22</sup> Ibíd., p. 22.

<sup>23</sup> Ibíd., p. 23.

<sup>24</sup> Ibíd., p. 22.

<sup>25</sup> Ibíd., pp. 22-23.

<sup>26</sup> Ibíd., p. 24 y p. 26.

<sup>27</sup> Ibíd., p. 23.

<sup>28</sup> Ibíd., pp. 23-24.

<sup>29</sup> Ibíd., p. 24.

<sup>30</sup> Ibíd., pp. 24-25.

<sup>31</sup> Ibíd., p. 26.

<sup>32</sup> Ibíd., pp. 26-27.

<sup>33</sup> Ibíd., p. 30.

<sup>34</sup> Ibíd., p. 27.

<sup>35</sup> Ibíd., p. 27.

<sup>36</sup> Ibíd., pp. 28-29.

<sup>37</sup> Ibíd., p. 31.

inseguridad, los delineamientos del riesgo permitido, optando por disminuir estos, en razón de la demanda social de seguridad de estos sujetos pasivos<sup>38</sup>. Pero por otro lado, se generaría, por parte de estos sujetos pasivos, una “resistencia psicológica frente al caso fortuito, frente a la producción de resultados lesivos por azar”<sup>39</sup>, y una búsqueda del actuar humano como causa de dichos resultados lesivos, lo que desplaza el péndulo del caso fortuito al injusto. Esta cuestión última se vería reforzada por el prototipo de víctima de este modelo social, tal que “no asume la posibilidad de que el hecho que ha sufrido sea debido a una «culpa suya» o que, simplemente, responda al azar. Se parte del axioma de que siempre ha de haber un tercero responsable, al que imputar el hecho y sus consecuencias, patrimoniales y/o penales”<sup>40</sup>. De ahí que, una de las consecuencias jurídico-penales que el autor atisba, sería el incremento de los delitos de peligro, por el alejamiento de los delitos imprudentes, y el acercamiento, a su vez, de legislaciones simbólicas<sup>41</sup>.

Una quinta causa sería la identificación social de las mayorías con la víctima del delito, prefigurada ya por la clase de sujetos pasivos, y la crisis del Estado de Bienestar<sup>42</sup>, lo que incide en el uso del derecho penal como instrumento contra la delincuencia de los poderosos y de las empresas<sup>43</sup>. Considera, hasta cierto punto, un error de perspectiva la expansión sobre esta criminalidad, ya que dado a la relativización de los principios y reglas de imputación, esto afectaría igualmente a la criminalidad en general, sobre todo la de los “desposeídos” que estima mayoritaria<sup>44</sup>. Encuentra un indicio de ello, en la criminalidad infantil y juvenil, al pretender rigorizar las sanciones y rebajar la mayoría de edad penalmente responsable<sup>45</sup>.

Un sexta causa que sería un punto clave en el desarrollo de la argumentación del autor, sería el descrédito de otras instancias de protección, y sería clave, ya que y como el mismo lo señala, las causas anteriores explicarían el por qué se busque instancias jurídicas para la solución del problema que presentan las otras causas, pero no la recurrencia a instancias jurídico-penales, cosa que sí lo explicaría este descrédito antes señalado<sup>46</sup>. Tal descrédito se visualiza en la ausencia de una ética social que asegure protección de bienes jurídicos, incapacidad del derecho civil actual –con un “modelo del seguro”<sup>47</sup>–, y la desconfianza en la administración por los procesos de corrupción y la burocratización que se visualizan en ella<sup>48</sup>. De ahí que surja un depósito de confianzas en el derecho penal como instrumento de pedagogía social y gestor de los problemas a que las instancias anteriores dejaron de ser confiables para su solución<sup>49</sup>.

Una séptima causa, es la orientación de la izquierda científica –criminología, y política, en cuanto “gestores atípicos de la moral”<sup>50</sup>. En primer término aquellos vigorizarían la idea de la sociedad de sujetos pasivos, que en cuanto titulares de bienes jurídicos individuales o colectivos, son posibles víctimas, y por ende, habría una presión sobre una demanda por mayor protección penal<sup>51</sup>. Así, los movimientos sociales que

---

<sup>38</sup> Ibid., p. 32.

<sup>39</sup> Ibid., p. 33.

<sup>40</sup> Ibid., p. 34.

<sup>41</sup> Ibid., pp. 35-36.

<sup>42</sup> Ibid., p. 36-37.

<sup>43</sup> Ibid., p. 37.

<sup>44</sup> Ibid., pp. 41-42.

<sup>45</sup> Ibid., p. 43.

<sup>46</sup> Ibid., pp. 44-45.

<sup>47</sup> Ibid., p. 44.

<sup>48</sup> Ibid., pp. 44-45.

<sup>49</sup> Ibid., pp. 45-46.

<sup>50</sup> Ibid., p. 46.

<sup>51</sup> Ibid., pp. 46-47.

antes renuentes al derecho penal por su aplicación de las clases poderosas contra ellos, ahora lo reclaman contra aquellos<sup>52</sup>. En segundo término, la política de izquierda insufla la idea de protección del derecho penal ante la criminalidad en general, donde, basados en criterios securitarios, se sostiene una política criminal con una “ideología de la ley y el orden en versión de izquierda”<sup>53</sup>. Ambos aspectos contribuyen a demandar una mayor intervención del derecho penal.

Como octava causa, relegado a ser más bien un factor colateral<sup>54</sup>, es el desprecio por las formas, que conduce a la privatización del problema penal. Así, se intentarían obviar principios como el de inocencia, de culpabilidad y el debido proceso<sup>55</sup>, contenido que da origen a paradojas instalada en instrumentos formales como la mediación, que si bien de amplia aceptación para la criminalidad general se contrasta con el tenaz rechazo de formas que morigeren una criminalidad de los poderosos<sup>56</sup>. Policías y prisiones privadas serían, igualmente, consecuencia de esto<sup>57</sup>. Para el autor, las formas que surgen del carácter público y sacral del derecho, dota de un elemento de prevención de las reacciones punitivas que acercan el delito a lo cotidiano e informal<sup>58</sup>.

Posteriormente el autor expone, no ya causas de la expansión, sino lo que serían factores del efecto multiplicador de la expansión: la globalización y la integración supranacional<sup>59</sup>, donde se acentúa a nivel global, el fenómeno expansivo de las legislaciones nacionales<sup>60</sup>. Para el autor, la globalización sería fundamentalmente económica, de igual forma que la integración<sup>61</sup>, lo que conduce a que ciertos hechos considerados punibles, dejen de serlo en este contexto de eliminación de obstáculos a la integración, pero que también surjan nuevas formas de criminalidad económica que den origen a nuevas modalidades de delitos clásicos o derechamente nuevos delitos, todos ellos representados por la criminalidad organizada, internacional y la de los poderosos<sup>62</sup>.

Todo esto se traduce en las siguientes consecuencias: adopción de un carácter práctico y político de la unificación de criterios jurídicos para la adopción de respuestas concretas, más que criterios científicos, lo cual desabastece de la preocupación sistemática de una teoría del delito construida con fines garantísticos<sup>63</sup>; un objeto principal de la globalización a nivel jurídico-penal, el cual no es la criminalidad clásica sino la económica o criminalidad de los poderosos, para ante la cual no hay una construcción dogmática completa, con las consecuencias de laxitud de garantías<sup>64</sup>; posibles lagunas y déficit en la ejecución de la normativa penal, lo que conlleva a inseguridad jurídica que se traduce en equilibrarlo con un punitivismo, y como tal, a aceptarse la severidad de las penas<sup>65</sup>; diversidad de tradiciones jurídicas, lo que por acoger tal diversidad, supone la adopción de las soluciones más sencillas y con ello criterios laxos, donde descontextualizado un derecho penal global de los derechos civil como fundamento – como en aquellos Estados con una tradición jurídica-, lo podría trocar en más represivo que los derechos nacionales<sup>66</sup>.

---

<sup>52</sup> Ibíd., p. 49.

<sup>53</sup> Ibíd., p. 51.

<sup>54</sup> Ibíd., p. 55.

<sup>55</sup> Ibíd., pp. 55-56.

<sup>56</sup> Ibíd., p. 56.

<sup>57</sup> Ibíd., pp. 56-57.

<sup>58</sup> Ibíd., p. 60.

<sup>59</sup> Ibíd., p. 63.

<sup>60</sup> Ibíd., p. 64.

<sup>61</sup> Ibíd., p. 68.

<sup>62</sup> Ibíd., pp. 69-70.

<sup>63</sup> Ibíd., p. 65.

<sup>64</sup> Ibíd., pp. 65-66.

<sup>65</sup> Ibíd., p. 66.

<sup>66</sup> Ibíd., p. 67.



El carácter práctico de una legislación supranacional, busca respuestas uniformes que eviten paraísos jurídico-penales<sup>67</sup>. Pero dicha uniformidad no es suficiente para el autor, donde debiera darse importancia a la homogeneidad de en la teoría general del delito y los principios y garantías político-criminales, que den sustento a una aplicación normativa supranacional<sup>68</sup>, ya que la armonización legislativa sola, no produce por sí sola una homogeneización<sup>69</sup>.

Ante el desafío de un “Derecho penal de la globalización”<sup>70</sup>, caben -para el autor- dos posibilidades: sectorializar las reglas de la Parte General, o bien, modificar las reglas de la delincuencia clásica en razón de la nueva criminalidad, disyuntiva que el autor ya anuncia para él como resuelta hacia la primera alternativa<sup>71</sup>.

Si de búsqueda de consensos en dicha Parte General para un modelo dogmático común, el autor se inclina por la búsqueda y formulación de estructuras lógico-objetivas, dentro de un marco político-criminal valorativo flexible, abierto y siempre dispuesto a ser revisado<sup>72</sup>, donde respecto de este último, a lo menos de forma negativa, no podrían formar parte en la búsqueda de la ciencia común “quienes no participaran del mismo horizonte valorativo asimismo común”<sup>73</sup>. Esta tensión entre una objetividad dogmática y la relativización fuente de la política-criminal de cada nación, se vería contrapesada por una dogmática de tipo normativista, el hecho que el carácter trasnacional valorativo, se haga posible en países de una misma cultura occidental<sup>74</sup>.

Respecto de una política-criminal de la globalización, el autor tiene por paradigma de un delito en la globalización, el delito económico organizado, sea este empresarial o la macrocriminalidad tales como terrorismo, narcotráfico o criminalidad organizada referida a tráfico de armas, mujeres y niños<sup>75</sup>, a las cuales se asocia menos garantías, sea por la menor gravedad de las sanciones o por ser dicha criminalidad, potencialmente peligrosa<sup>76</sup>. Algunos principios igualmente se ven flexibilizados. Tratándose de la legalidad, se produce el abandono de la determinación en los tipos para la criminalidad transnacional, y procesalmente, una inclinación favorable al principio de oportunidad sobre la legalidad<sup>77</sup>. En materia de culpabilidad, en materia de error de prohibición, lo importante es la determinación sobre su concepto y los límites de lo evitable, pero no a la relevancia misma del error de prohibición<sup>78</sup>. Por otro lado, existe una acogida sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, y las figuras donde existe presunción de culpabilidad, como lo es del caso de tradiciones anglosajonas<sup>79</sup>. Respecto de la proporcionalidad esta se vería comprometida en las sanciones de delitos imprudentes relativo a bienes jurídicos-colectivos, como también respecto de los delitos de peligro<sup>80</sup>.

Expresa además, como causas generales del fenómeno expansivo, no sólo al Estado y su utilización del derecho penal como instrumento de solución de problemas sociales, sino también a la sociedad que demanda tales respuestas<sup>81</sup>. Para la solución de este problema acude a un Derecho Penal orientado hacia la función, cuestión que no ve

---

<sup>67</sup> Ibíd., p. 72.

<sup>68</sup> Ibíd., pp. 72-73.

<sup>69</sup> Ibíd., pp. 73-74.

<sup>70</sup> Ibíd., p. 74.

<sup>71</sup> Ibíd., p. 75.

<sup>72</sup> Ibíd., pp. 76-81.

<sup>73</sup> Ibíd., p. 82.

<sup>74</sup> Ibíd., pp. 81-82.

<sup>75</sup> Ibíd., pp. 85-86.

<sup>76</sup> Ibíd., p. 86.

<sup>77</sup> Ibíd., pp. 86-87.

<sup>78</sup> Ibíd., p. 87.

<sup>79</sup> Ibíd., pp. 87-88.

<sup>80</sup> Ibíd., p. 88.

<sup>81</sup> Ibíd., pp. 89-90.

óbice en la existencia de aquel en conjunto con “un Derecho Penal con vocación autorre restrictiva”<sup>82</sup>. Señala el autor que un derecho penal funcional, se le atribuye de forma automática el ser maximalista, cuestión que ni un Derecho penal basado en la teoría de bienes jurídicos, asegura de partida restricciones para aquel<sup>83</sup>. Una teoría funcional del Derecho penal, en cuanto estabilización de la vigencia de las normas, no obliga prescindir del bien jurídico en cuanto contenido material de las normas. Por lo cual, es posible concebir dentro del marco de lo funcional, la introducción de elementos de “racionalidad e ilustración”, con lo que el bien jurídico cumpliría no sólo una función sistemática sino también crítica<sup>84</sup>. Dentro de este marco, es posible delimitar criterios de identidad sociales que cristalicen las “expectativas normativas esenciales”, cuestión que el autor los encuentra en la Constitución, donde por vía de inconstitucionalidad sería posible impugnar el aspecto formal de una norma, y de no encontrarse en esta situación, daría lugar a una política criminal defendible y no impugnabile de buenas a primeras<sup>85</sup>.

Ahora bien, lejos ya de las causas, y asentado más bien en las expresiones de la expansión, se sitúa lo que el autor llama la administrativización del derecho penal<sup>86</sup>. Señala el autor que ésta tiene por expresión más visible la del contenido material de los tipos penales, donde fundamentalmente el legislador sea inclinado por proteger el contexto o “condición previa al disfrute de bienes jurídicos individuales más clásicos”<sup>87</sup>, y donde se ha traducido en el cambio de dos elementos relativo a dicho contenido; desde el bien jurídico individual al colectivo, y de los delitos de lesión a los de peligro, cuestión que se ve reforzada por una tendencia contraria a la despenalización, y donde las conducta de la doctrina tradicional en relación a aquella, le parece al autor, débil<sup>88</sup>.

Ejemplo de ello es el medio ambiente, el cual sin bien presenta un problema, le resulta demasiado riesgoso que sea el Derecho Penal quien gestione del problema ecológico<sup>89</sup>, sobre todo cuando la *ratio legis* de una legislación es el contexto<sup>90</sup>, que sería para este caso el medioambiente<sup>91</sup>, provocando la intervención del derecho penal tan pronto como se superen los estándares administrativos<sup>92</sup>.

De forma general, y así, el Derecho Penal se ha administrativizado<sup>93</sup>, transformándose en un derecho de gestión de riesgos. En efecto, el Derecho Administrativo sancionador se preocupa fundamentalmente de la gestión de sectores de modo global, de la conducta general antes que de la individual, de la conducta en cuanto afecte una globalidad de tipo estructural, una visión macrosocial, donde el daño sancionable es más bien el acumulativo, el que afecta por su trascendencia global<sup>94</sup>. Por ello, sus criterios de actuación son más flexibles, sin necesidad de comprobar afectación a bien jurídico alguno, con lo que la lesividad no es un índice válido, ni la legalidad por lo que los criterios de oportunidad son aceptados<sup>95</sup>. Todo este marco sería inadmisibile para criterios de imputación de responsabilidad penal a un sujeto determinado, ya que las

---

<sup>82</sup> Ibid., p. 90.

<sup>83</sup> Ibid., pp. 90-91.

<sup>84</sup> Ibid., p. 93.

<sup>85</sup> Ibid., p. 94.

<sup>86</sup> Ibid., p. 97.

<sup>87</sup> Ibid., p. 98.

<sup>88</sup> Ibid., pp. 97-98.

<sup>89</sup> Ibid., p. 99.

<sup>90</sup> Ibid., pp. 99-100.

<sup>91</sup> Ibid., p. 99.

<sup>92</sup> Ibid., p. 100.

<sup>93</sup> Ibid., pp. 100-101.

<sup>94</sup> Ibid., pp. 102-104. Anterior SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, pp. 443-444.

<sup>95</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, pp. 103-104.

conductas se verían dirigidas a sancionar más bien, un peligro global<sup>96</sup>. Esto se puede ver reflejado en los delitos relacionados con el tráfico rodado, los delitos tributarios, los delitos medioambientales y el tráfico de estupefacientes, donde un solo hecho en sí mismo no interesa sino el conjunto de ellos ponen en enterebro y en perjuicio, un sector determinado de lo social, sea el tráfico rodado con el índice meramente estadístico del alcohol en la sangre, o el número de defraudaciones en lo tributario, o la suma de vertidos tóxicos en el agua, o el modelo de gestión de salud en relación al tráfico<sup>97</sup>. Siendo así, el Derecho Penal de las sociedades postindustriales, al comportarse como instrumento de gestión de problemas sociales, asume el modo de “razonar” del Derecho Administrativo sancionador, y por tanto, se produce en él un proceso de “administrativización”<sup>98</sup>. Paradigma de lo dicho son los delitos acumulativos (Kumulationsdelikte), donde un acto de forma individual no presenta un riesgo relevante, sino más bien, es la suma de dichas conductas lo que lo produciría<sup>99</sup>.

En Alemania, KUHLEN es quien la formula, basado en el § 324 StGB, que consiste en la realización de un mismo hecho o similares por una pluralidad de sujetos, hipótesis que ha recibido críticas por infringir el principio de culpabilidad –por ser atribuido más bien a un aspecto sistémico que al obrar de una persona- y al principio de proporcionalidad –por no atribuirse la sanción penal a un sujeto concreto por su acción-, contestada por él mismo como una fórmula que contribuye a la solución de grandes problemas –como las mantenciones de las condiciones naturales de vida<sup>100</sup>- mediante la prohibición de acciones que son pequeñas contribuciones en la constitución de estos problemas<sup>101</sup>, aún cuando SILVA SÁNCHEZ dude que esta contribución sea pertinente que la realice el Derecho Penal<sup>102</sup>, y que desde la proporcionalidad parezca dudoso que reciban toda una pena por separado, y no en relación a las contribuciones por separado<sup>103</sup>. A la acumulación como manifestación delictiva, que el autor llama “culminación coherente del proceso expansivo del Derecho penal”, no sería para él admisible si lo que se quiere es la imposición de sanciones privativas de libertad asociada a la conducta<sup>104</sup>.

Ahora bien, en relación al fenómeno completo de la expansión del Derecho Penal, y como se señalaba al principio del libro mismo, en relación a la tensión referida, un sector de la doctrina aboga por la vuelta a un Derecho penal liberal, protector de bienes jurídicos básicos, los personales y el patrimonio, conservando todas las garantías del derecho penal. Sin embargo, para el autor, esta postura es más bien ucrónica, ya que el Derecho Penal liberal sería construcción nunca realizada<sup>105</sup>, ello debido tanto por la rígida protección del Estado existente y por la existencia de ciertos principios de organización social, como también porque la rigidez de las garantías propuestas por el Derecho penal liberal, eran un contrapeso al extremo rigor de las sanciones<sup>106</sup>.

---

<sup>96</sup> Ibid., pp. 104-105.

<sup>97</sup> Ibid., pp. 105-107. Con anterioridad SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, p. 444.

<sup>98</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, p. 107.

<sup>99</sup> Ibid., p. 108. Anteriormente en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, pp. 445-446.

<sup>100</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, p. 111.

<sup>101</sup> Ibid., pp. 109-111.

<sup>102</sup> Ibid., p. 111.

<sup>103</sup> Ibid., p. 112.

<sup>104</sup> Ibid., pp. 112-113.

<sup>105</sup> Ibid., p. 115.

<sup>106</sup> Ibid., pp. 115-116.

De allí que la relación más importante que le es posible al autor atisbar de los resultados de la expansión, es la relación entre garantías de un sistema de imputación y la gravedad de las sanciones<sup>107</sup>. Tratándose del derecho penal general, la rigidez de las garantías junto a una dogmática igual estricta se hayan relacionadas con el hecho de poseer el sistema sanciones graves, sean las de muerte y las corporales, y para el hoy, fundamentalmente la privativa de libertad. El problema de la expansión, entonces, no sería tanto la expansión del derecho penal en sí, sino más bien la expansión de la pena privativa de libertad. "Es esta última –señala el autor- la que debe realmente ser contenida"<sup>108</sup>. De ahí que, y entendiendo que no en todo el sistema sancionatorio del Derecho penal podrían exigirse iguales garantías, pues las consecuencias jurídicas son diversas<sup>109</sup>, la correlación entre garantías y sanciones podría resolverse que a mayor disminución o flexibilización de garantías y de rigor dogmático, mayor igualmente debería ser la disminución del rigor sancionatorio, cuestión que se traduciría en la aceptación de penas privativas de derechos o pecuniarias, antes que en las privativas de libertad que son las más graves<sup>110</sup>. Ciertos puntos de conexión de su postura, encuentra en la formulación de HASSEMER y su *derecho de la intervención*, en un punto intermedio entre el derecho penal nuclear y los otros tipos de derechos sancionatorios, con propuesta de sanciones menos intensas ante menores garantías<sup>111</sup>. La admisión de este modelo puede ser posible para SILVA SÁNCHEZ, si se admite a su vez, que la pena no sea la privativa de libertad<sup>112</sup>.

El uso del Derecho Penal para el logro de estos fines, tiene ventajas relevantes en comparación con otros derechos: posee una mayor fuerza comunicativa y dispone de neutralidad política a diferencia del Derecho Administrativo<sup>113</sup>. Es así como sería posible, frente a la imposibilidad de frenar la expansión del Derecho Penal y a la imposibilidad de aplicar idéntica teoría del delito de un derecho penal nuclear de máximas garantías y penas privativas, a un derecho penal moderno de intervención basado en penas privativa de derecho y pecuniarias, la utilización de un sistema dualista de Derecho Penal, con dos niveles de garantías y principios<sup>114</sup>. Razona que en el Derecho Penal se dan dos bloques de ilícitos, sancionados unos con penas privativas de libertad, y otros con distinto tipo de penas. Así el primero, no debería alejarse del modelo liberal de reglas de imputación y garantías político-criminales. Pero es verdad que existe un Derecho Penal que acoge la demanda social de protección que no debería reducirse al núcleo duro del derecho, sino más bien, a flexibilizar las garantías y reglas de imputación, porque los intereses objeto de protección harían imposible ocupar iguales principios que para el núcleo duro del Derecho Penal, evitando así ampliarse la fuerza comunicativa en la imposición de penas privativas de libertad<sup>115</sup>.

De ahí que sea necesario hacer surgir un derecho entre lo funcional y las garantías, con lo cual, se conserva un modelo clásico para el núcleo duro de delitos, es decir, reglas rígidas de imputación y garantías y sanciones privativas de libertad, y para

<sup>107</sup> Ibid., p. 116.

<sup>108</sup> Ibid., p. 117.

<sup>109</sup> Ibid., p. 116.

<sup>110</sup> Ibid., pp. 117-118. Con anterioridad SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español", p. 447.

<sup>111</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), p. 119.

<sup>112</sup> Ibid., pp. 119-120. Con anterioridad SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español", p. 448.

<sup>113</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), p. 120.

<sup>114</sup> Ibid., pp. 120-121.

<sup>115</sup> Ibid., p. 123.

derechos como el Derecho penal económico, flexibilizar tales reglas pero con sanciones menos intensas, que en estricto rigor dogmático y ya que se encuentran sancionados con privativas de libertad, el autor los estima como incursos en el núcleo duro<sup>116</sup>. Así se conserva un sistema dual dentro del Derecho penal, de dos “velocidades”<sup>117</sup>, con lo cual se mantiene además, el efecto simbólico de aquél<sup>118</sup>.

## 2. LA SEGUNDA EDICIÓN DE “LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL”<sup>119</sup>

Es en el año 2001 cuando se publica la segunda edición de la comentada obra. Lejos de ser su actualización y ampliación (su propia expansión) un dato baladí no lo es, ya que introduce aquella no sólo cuestiones que irán a acentuar en algunos casos sus ideas propuestas en la primera edición, pero respecto de otras, extender sus consideraciones sobre puntos no tratados anteriormente<sup>120</sup>.

Fuera de abundar en argumentos sobre la cuestiones tratadas ya en la primera edición<sup>121</sup>, las introducciones que nos parecen más interesantes, son aquellas en las que se establecen adiciones al marco de conceptos, o bien, al constructo teórico, en ambos casos, con diferenciaciones importantes. Es así como la primera adición es la introducción de los conceptos de expansión razonable e irrazonable; la segunda, una diferenciación entre la expansión y el movimiento de ley y orden de EUA; y la tercera, es la introducción, dentro del constructo teórico, del derecho penal del enemigo.

Respecto a los conceptos de expansión razonable e irrazonable, la primera edición daba más bien cuenta, o denotaba, el fenómeno expansivo en el Derecho Penal, y propone una solución en el campo jurídico-penal, a través del sistema dual de las dos “velocidades”. Pero técnicamente, no existía de forma frontal una posición sobre la expansión en sí misma. Esta segunda edición, plantea ya claramente una definición de posiciones, al designar un tipo de expansión como “razonable”, y al otro como “irrazonable”<sup>122</sup>. Es así como, una expansión razonable es la que se produce para afectaciones a bienes jurídicos individuales o supraindividuales, en cuanto respecto de ellos exista su lesión o puesta en peligro real, sobre todo, y respecto de estos últimos, cuando sea el sujeto concreto quien afecte a dichos bienes con su conducta. También es razonable una expansión (resignada), respecto de delitos por acumulación o de peligro

---

<sup>116</sup> Ibid., p. 126.

<sup>117</sup> Ibid., p. 124.

<sup>118</sup> Ibid., pp. 126-127.

<sup>119</sup> Aunque para su análisis utilizaremos más bien, la reimpresión de la segunda edición del 2006, la que por su naturaleza de reimpresión, no contiene modificaciones sustanciales.

<sup>120</sup> Como así lo manifiesta en su Nota a la segunda edición, SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º edición, Civitas, Madrid, 2001, p. XV.

<sup>121</sup> Es del caso, y en rasgos generales, de la introducción del apartado 2.1 “Los nuevos intereses”, 2.3 “La institucionalización de la inseguridad”, 6.3 “La protección...”, 6.4 “La gestión...”. De modo específico, primera parte del § 1 del aparato 1, nuevo § 3, nuevo § 8, reforma del N° 1 del apartado 2.3, reforma del N° 2 del mismo apartado, introducción del N° 5 al apartado 2.3 con inclusión de nota al pie 39, reforma en el apartado 2.4, del N° 1 y 2, 3 4 e introducción n° 5 y 6, introducción nota 67 Ibid., p. 29, introducción y reforma de N° 9, reforma e introducción del N° 6, 7, 8, del apartado 2.5, reforma e introducción n° 3, 4 del apartado 2.6, intercalación de texto del N° 7 y 8 del mismo apartado anterior, reforma e introducción del N° 2, 3, 4 apartado 2.7, intercalación de texto del N° 5 y 7 del mismo apartado, intercalación de textos del N° 1 del apartado 2.9, reforma del N° 2, 3 y 4 del 2.10, introducción de la palabra “económica” en N° 1 apartado 3.2, introducción del N° 14 en apartado 14, introducción 6.3, reforma e introducción del N° 2, 8 y 9 apartado 7, introducción de la palabra “prisión” en 7.3 N° 1 e introducción N° 5 mismo apartado.

<sup>122</sup> Ibid., p. 12.

presunto que involucren bienes individuales y supraindividuales, en cuanto estos se conciben con un “mínimo rigor”. Pero para que tal expansión sea razonable, se hace necesario reservar para los primeros –lesión o peligro real a bienes jurídicos- la prisión, en cambio no aplicar ésta para los segundos –delitos de acumulación y de peligro presunto a bienes jurídicos-<sup>123</sup>. Ejemplo de expansión razonable, serían los delitos de blanqueo de capitales, por los efectos de desestabilización de la economía y sus repercusiones lesivas por la entrada de dinero negro<sup>124</sup>. Por el contrario, y en el mismo nivel ejemplificativo, otras conductas que no lesionen el orden económico de modo penalmente relevante, sería una expansión irrazonable<sup>125</sup>.

En cuanto a la diferenciación entre *expansión* y *el movimiento de ley y orden*, señala que el primero no tiene nada que ver con este último. En efecto, el movimiento de ley y orden estaba dirigido a reclamar una acción más contundente en el plano legal, judicial y policial contra la criminalidad callejera o de masas, siendo los acomodados sus principales sostenedores, a diferencia de los marginados y sectores de izquierda, quienes fundamentalmente eran los críticos y opositores a esta postura, englobados en cuanto movimiento de derechos civiles y políticos. Consecuencia de ello, es la utilización del Derecho penal en tanto instrumento de restricción de derechos individuales, en especial enfocado a las clases emergentes. De ahí la oposición a su intensificación<sup>126</sup>. Esta fórmula, no habría desaparecido, sino que se habría integrado en el consenso social sobre el papel del Derecho Penal, cuestión que en Europa se resuelve cuando la socialdemocracia asume en su totalidad el discurso de la seguridad<sup>127</sup>, con lo cual, las propuestas de los conservadores confluirían sobre el punto, por ser ya próximas a los sectores antes escépticos a la intervención del Derecho Penal<sup>128</sup>. Esto trae como consecuencia, el que se abandonan las tesis resocializadoras y se buscan fórmulas de mayor intimidación individual e inocuización, cuestión que provoca una mayor intervención punitiva<sup>129</sup>.

Ahora bien, y tratándose del Derecho penal del enemigo, varias menciones sobre esto. Hemos querido referirnos en la terminología jakobsiana, como forma que englobe lo que SILVA SÁNCHEZ, denomina “tercera velocidad”<sup>130</sup>, y los relatos añadidos que habrían de relacionarse con aquella, cuestión que en todo caso aún el mismo SILVA SÁNCHEZ reconoce en esta segunda edición<sup>131</sup>. En efecto, para mayor abundamiento, el autor establece una serie de referencias en cuanto causas, para la generación de un Derecho Penal del Enemigo. Es así como, y de algún modo, traslada en primer término, el concepto de riesgo al individuo mismo<sup>132</sup>, enfatizándolo, y señalando como uno de los efectos de la sociedad tecnológica el desplazamiento a la marginalidad a individuos que serán percibidos por otros, como “fuente de riesgos personales y patrimoniales”<sup>133</sup>.

Como efectos de la globalización, estima el autor que se encuentra el incremento de las bolsas de marginalidad y movimientos migratorios<sup>134</sup>, así como los movimientos de capital y de mano de obra determina una capa de subproletariado, de las que procede un

---

<sup>123</sup> *Ibíd.*, p. 182.

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p. 12.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>126</sup> *Ibíd.*, p. 9.

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p. 69.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, p. 10, incluyendo nota al pie 22.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, p. 131, nota al pie 301.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, p. 183.

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p. 184.

<sup>132</sup> Cosa que ya había hecho referencia en la primera edición.

<sup>133</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. 14.

<sup>134</sup> *Ibíd.*, p. 111.

incremento de la microcriminalidad relativa a los delitos patrimoniales de pequeña y mediana entidad<sup>135</sup>. Si bien el proceso industrial dio origen a un movimiento migratorio campo-ciudad con problemas de marginalidad y posterior delincuencia, la migración en el hoy es, según el autor, es más trascendente, donde no sólo existe una tasa migratoria perteneciente a países extracomunitarios y muchos de ellos indocumentados, sino además por la multiculturalidad de aquellos que provoca un conflicto adicional, cuestión toda esta que da origen a problemas delincuenciales a través de la formación de grupos o bandas, cuya criminalidad oscila de la habitualidad a la profesionalidad, comportándose como un problema estructural de las sociedades europeas<sup>136</sup>. La multiculturalidad y lo pluriétnico es un factor, ya que provoca tensiones internas, entre los procesos de integración europeos y la diversificación de estos grupos, entre una homogeneización de los primeros y los elementos culturales tradicionales diferentes de los inmigrantes, lo cual sería –según el autor- criminógena produciendo violencia<sup>137</sup>. Todo lo anterior coincide con la crisis del Estado de Bienestar, con la mayor sensibilidad al riesgo y la obsesión por la seguridad, y por la pérdida de fe en las fórmulas resocializadoras. Si bien no es diferente en cuanto a la criminalidad tradicional, pero es diferente en cuanto es marginalidad al margen de relaciones laborales estables, y por el choque cultural entre los migrantes y las capas inferiores de la sociedad receptora<sup>138</sup>, lo cual provocan demandas de mayor intervención penal y el punitivismo como expresión de la expansión<sup>139</sup>. Otra cuestión que contribuye, es la mayor notoriedad del inmigrante, que sumado al hecho de su posibilidad delictual, hace que exista una mayor necesidad social de estabilización de las normas vulneradas, y por ende, medidas de tolerancia cero, tales como la expulsión, que constituye el modo más barato de inocuización<sup>140</sup>. Dentro de este contexto, se pregunta el autor, si es posible que el Derecho penal pueda proceder con la misma “sutileza que es propia de la teoría de las normas y del delito”<sup>141</sup>, lo que conduce a que debido a la importante presencia de inmigración “la crisis de la vigencia de la norma que ello implicaría no sería fácil de asumir”, cuestión que conduciría, y por “razones funcionales” a que se hiciera “excepción personal” al principio de territorialidad, y sean sujetos de Derecho penal a quienes no son sujetos del derecho a sufragio<sup>142</sup>. Si bien la teoría del delito tiene soluciones, como la exculpación y el error de prohibición, lo cierto es que en situaciones donde “el delito viene respaldado por una cultura divergente” que provocaría quiebres en la confianza general del sistema, se incline por hacerse la sociedad multicultural más represiva “para suplir los déficit de asentamiento social” con reticencia de aplicar una imputación de culpabilidad por razones “culturalistas”<sup>143</sup>.

Una de las cuestiones que contribuye a este panorama, es la introducción de ciertos criterios de justicia actuarial en Europa, de la nueva penología de EUA, donde existen síntomas de administrativización del Derecho Penal, puesto que el delito se aborda de similar modo que en los cálculos probabilístico de la gestión de riesgos en los seguros, donde se hacen pronósticos de peligrosidad sobre grupos o personas, y en base a ello, adoptar medidas de inocuización sobre los tales, para evitar el riesgo delictual<sup>144</sup>.

<sup>135</sup> “más intensa intervención del Derecho penal y abona el punitivismo como forma específica de expansión”<sup>135</sup>.

<sup>136</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), pp. 112-114.

<sup>137</sup> *Ibíd.*, pp. 115-116.

<sup>138</sup> *Ibíd.*, p. 115.

<sup>139</sup> *Ibíd.*, p. 114.

<sup>140</sup> *Ibíd.*, pp. 116-117.

<sup>141</sup> *Ibíd.*, p. 117.

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p. 118.

<sup>143</sup> *Ibíd.*, pp. 118-119.

<sup>144</sup> *Ibíd.*, pp. 157-161.

De allí que unido a la falta de fe en la resocialización y a la sensibilidad al riesgo, se produzca, según el autor, un retorno a la inocuización, que se traducen en cuestiones como medidas a cumplir con posterioridad a la pena, no sólo con realidad en EUA respecto de los delincuentes sexuales y peligrosos, sino también en Alemania para los mismos. A esto se suman otras medidas tales como la publicación de listas de ex delincuentes, cosa que se produce en EUA, pero también en Gran Bretaña y Luxemburgo, sobre todo respecto de pederastas, sin obviar las discusiones en la propia España en relación a médicos negligentes y sujetos condenados por violencia doméstica, y además la propia expulsión a los extranjeros<sup>145</sup>.

Lo dicho por SILVA SÁNCHEZ, a este respecto, no es más que la extensión de la teoría de sistemas, y al caso, la aplicación del funcionalismo jakobsiano como fundamento, y sus delineamientos claros en la denotación de un Derecho penal del enemigo, sin entrar derechamente a justificarlo, salvo por las consideraciones a la “tercera velocidad” que reseñamos a continuación.

Fuera de reafirmar una denotación sobre la cierta aplicación y las ampliaciones fácticas del Derecho penal del enemigo en las sociedades europeas<sup>146</sup>, acoge aquel estimándolo como excepcional<sup>147</sup>, de emergencia<sup>148</sup>, y para algunos casos, inevitable<sup>149</sup>, aunque lo acoge con “reservas”, fundadas específicamente en consideraciones conceptuales, tales como la posibilidad de considerarlo un “no-Derecho” –siguiendo la línea de JAKOBS sobre las no personas- en tanto pura reacción defensiva<sup>150</sup>, y en consideraciones jurídico-penales, en cuanto su justificación obligaría una revisión permanente e “intensa” sobre los presupuestos de su aplicación<sup>151</sup>.

### 3. AMPLIACIONES DEL PENSAMIENTO SOBRE LA EXPANSIÓN DE SILVA SÁNCHEZ O LAS REFLEXIONES POLÍTICO-CRIMINALES EN "LA IDEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD EN LA LEGISLACIÓN PENAL ESPAÑOLA PRESENTE Y FUTURA" (2003)

Si bien el artículo "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura" (2003)<sup>152</sup>, lo firma más de un autor, lo cierto es que en él se reflejan ampliaciones importantes del concepto de expansión originalmente manejado por SILVA SÁNCHEZ, que por ser dicho artículo firmado igualmente por éste, creemos significar un complemento a su idea matriz.

En efecto, el artículo de algún modo sigue la traza efectuada en la segunda edición de “La expansión...”, con lo cual, precisa, desde el punto de vista conceptual, algunas

---

<sup>145</sup> Ibid., pp. 162-163.

<sup>146</sup> Ibid., p. 187 y p. 188.

<sup>147</sup> Ibid., p. 184.

<sup>148</sup> Ibid., p. 187.

<sup>149</sup> Ibid., p. 184.

<sup>150</sup> Ibid., p. 187.

<sup>151</sup> Ibid., p. 118.

<sup>152</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", en ATELIER, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Da Agra, Cándido; Domínguez, José Luis; García Amado, Juan Antonio; Hebberecht, Patrick; Recasens (ed.), Barcelona, 2003, pp. 113-135. El término “ideología de la seguridad ciudadana”, ya había sido utilizado con anterioridad aún a “La expansión...” en la doctrina española, en 1992 por SÁEZ VALCÁRCEL. Para ello, Cfr. SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "La Europa amurallada y los derechos de los inmigrantes", *Jueces para la democracia*, Nº 16-17, 1992, pp. 20-24, p. 22.



referencias a la expansión. En efecto, afirma que la expansión del derecho penal ya no sólo se refiere a la “extensión” de dicho derecho a sectores propios de la sociedad del riesgo, sino también que se ha dado lugar igualmente a una “intensificación” de la intervención penal en ámbito del derecho penal tradicional y que atentan contra las “bases de la identidad estatal”, tales como el terrorismo y la criminalidad organizada a gran escala –cuestión señalada en la segunda edición de “La expansión...”, pero también a dos dimensiones más, siendo una, la *criminalidad grave*, tales como los delitos sexuales y la violencia doméstica grave, y la otra, la *criminalidad leve*, tales como los provenientes de la marginalidad y de inmigrantes, como la comisión reiterada de delitos patrimoniales<sup>153</sup>. Esta sería igualmente, fuente de inseguridad ciudadana<sup>154</sup>, donde el derecho penal contribuye con instrumentos de disuasión e inocuización, y con efectos de un derecho penal simbólico que tiene por objeto “paliar” la sensación de inseguridad<sup>155</sup>.

El caso de la criminalidad leve no es particularmente intensa, sino cuando se reitera<sup>156</sup>, generando inseguridad por el peligro de incremento, a lo que se responde con el uso de la prisión como instrumento básico<sup>157</sup>, lo cual produce la contaminación del derecho penal, por la misma ideología reservada al derecho penal del terrorismo, con medidas como la separación social del delincuente<sup>158</sup>.

Esta cuestión se ve reflejada, entre otras, en el avance político-criminal de los Estados por mantener y aumentar las posibilidades del efecto agravatorio de la reincidencia en las legislaciones –o en los Anteproyectos legislativos-<sup>159</sup>, y en la “conversión” de la reiteración de faltas por delito, y la situación de agravar la penalidad en la habitualidad<sup>160</sup>, cuestiones que implican un retroceso a situaciones registradas por las legislaciones pretéritas<sup>161</sup>. Pero como fórmulas macro y en el caso de la delincuencia violenta, en la inocuización del delincuente –y un retorno a la inocuización<sup>162</sup>-, por no servir la norma como prevención negativa –por ser insuficiente la amenaza penal- ni positiva –no se motiva por la norma-, ni ser posible la resocialización, y además por las demandas sociales de seguridad<sup>163</sup>, lo cual transforma al derecho penal un instrumento “cuasi-policia” determinante de medidas asegurativas fundadas en la peligrosidad y de la prisión como pena<sup>164</sup>, además de otros instrumentos procesales<sup>165</sup>.

<sup>153</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, pp. 113-114.

<sup>154</sup> Para el caso de la criminalidad del hurto leve, en el 2004, se expresaba SILVA SÁNCHEZ del siguiente modo: “está claro que los hurtos leves, producen un daño material de bagatela. En cambio, no es en absoluto evidente que su dimensión de daño intelectual sea asimismo insignificante. En la medida en que el hurto –aun el leve- pone en tela de juicio una norma central del orden social, afecta al núcleo de la identidad normativa de la sociedad (dimensión estrictamente simbólica) y, además, *contribuye seriamente a la sensación social de inseguridad*, parece que precisa de una respuesta jurídico-penal” [el resaltado es nuestro] (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº 25, 2004, pp. 331-360, p. 339).

<sup>155</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, p. 114.

<sup>156</sup> Señala SILVA SÁNCHEZ en el 2004 lo siguiente: “la delincuencia patrimonial leve constituye un fenómeno masivo. En esa medida, aun cuando cada hecho, aisladamente considerado, tenga una lesividad material escasa, todos ellos se integran en un fenómeno que produce un daño intelectual (psico-social) importante; esto es, genera una gran inseguridad” (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión”, p. 348) [énfasis suplido del autor].

<sup>157</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, pp. 115-116.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, p. 116.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 119.

<sup>160</sup> *Ibíd.*, p. 120.

<sup>161</sup> *Ibíd.*, pp. 119-120.

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p. 122.

<sup>163</sup> *Ibíd.*, pp. 121-122.

<sup>164</sup> *Ibíd.*, p. 123.

Los autores consideran, para el caso de la criminalidad organizada, que en ésta cuesta diferenciar si responde a una “necesidad objetiva de protección” o responde más bien a una demanda social desmesurada, que si bien se ocupa de una delincuencia más bien tradicional, al igual que una delincuencia menor, al representar un enemigo más “formidable” que formas de delincuencia, justifica así una lucha contra todas estas formas de criminalidad tradicional en su conjunto<sup>166</sup>, y que no existe renuencia a su persecución y aún a extremar las respuestas penales, por el carácter no nacional de dichas organizaciones, al reducirlas a mafias extranjeras<sup>167</sup>. Y dichas respuestas lejos de ir en el simple aumento de pena, está en la dirección de modificar el derecho penal hacia uno del enemigo<sup>168</sup>, lo cual repercute en el edificio dogmático, al establecer definiciones laxas de organización criminal como en los requisitos de configuración de los tipos que se ocupan de ellos<sup>169</sup>, lo que lleva a acercar cualquier figura que lo precise en un delito de sospecha<sup>170</sup>, cuestión que aún contribuye los criterios de cooperación internacional en la persecución del delito, que por armonizar legislaciones hace laxos criterios que redundan en rigorizar las respuestas penales internas de cada Estado contra la criminalidad organizada<sup>171</sup>. Todo esto atenta contra principios de responsabilidad por el hecho propio – ya que la sola adhesión supone responsabilidad, y dado a la peligrosidad de la organización, el juicio de imputación y de peligrosidad se extiende cada uno de los partícipes, lo que lo acerca a un derecho penal del autor<sup>172</sup>- y el de proporcionalidad, con lo cual se adelantan la barrera de punición, al penar actos preparatorios o la participación en hechos no ejecutados<sup>173</sup>. Esto implica una incontención de la expansión de la legislación penal de la criminalidad organizada, con la posibilidad de aplicarse para estos casos un derecho excepcional, o bien dejar que el derecho penal como sistema se “contamine”<sup>174</sup>.

## II. CRÍTICAS, OBSERVACIONES Y ALCANCES DE LA DOCTRINA PENAL AL PLANTEAMIENTO DE LA EXPANSIÓN

### 1. CRÍTICAS DE MENDOZA BUERGO A LA SECTORIZACIÓN DEL DERECHO PENAL POR “LA EXPANSIÓN...”

En el año 2001 en *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, MENDOZA BUERGO analizando el modelo expansivo, desacuerda en la sectorización propuesta por SILVA SÁNCHEZ respecto de las dos velocidades<sup>175</sup>.

Lo importante para la autora es que si se va a proceder conforme al derecho penal, se prevea como comportamiento penal la reacción a toda conducta, incluyendo las que se asignaría esta segunda velocidad, con el mismo conjunto de sanciones, como de

---

<sup>165</sup> Ibid., pp. 124-127.

<sup>166</sup> Ibid., p. 128.

<sup>167</sup> Ibid., pp. 128-129.

<sup>168</sup> Ibid., p. 129.

<sup>169</sup> Ibid., p. 130.

<sup>170</sup> Ibid., pp. 130-131.

<sup>171</sup> Ibid., p. 131.

<sup>172</sup> Ibid., pp. 131-132.

<sup>173</sup> Ibid., p. 132.

<sup>174</sup> Ibid., pp. 133-134.

<sup>175</sup> MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Cívitas, 2001, p. 184.

reglas de imputación y garantías, y que siendo conductas igualmente graves, no se ve como argumento válido el sustraerlas de aquel derecho<sup>176</sup>.

Para la autora, es mejor conservar la identidad del derecho penal en su carácter de última ratio que desnaturalizarlo. Una despenalización acompañada de otras instancias sería más eficaz que una intervención penal "hipertrofiada"<sup>177</sup>. No se puede desistir del uso de otras ramas del derecho para la solución de problemas, pese a sus problemas estructurales, debiendo mantenerse clara la distinción entre ilícito penal y administrativo, y ni elevando técnicas de tutela al derecho penal propio de otros derechos, ni considerando delito meros ilícitos administrativos, debiendo en suma propender hacia la realización del carácter fragmentario y subsidiario del derecho penal y del principio de última ratio<sup>178</sup>.

"Esta perspectiva –señala la autora- de no negarse de plano a la adaptación del Derecho penal a las nuevas necesidades de protección que surjan, y a la vez reflexionar de forma imaginativa sobre los cauces que pueden seguirse para la solución de los problemas, pero exigiendo de forma irrenunciable el mantenimiento de las bases garantistas del sistema que conforman el modelo del Derecho penal de garantías, parece la vía más correcta para enfocar la solución a las cuestiones que centran la polémica en la actualidad"<sup>179</sup>.

## 2. LA PROPUESTA REVISIONISTA DE MARTÍNEZ-BUJÁN Y SU "BIG BANG" Y "BIG CRUNCH" EN EL DERECHO PENAL Y PARA EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

La propuesta fundamental y visión sobre el tema expansivo de MARTÍNEZ-BUJÁN se encuentra en su artículo "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)" (2002)<sup>180</sup>. Fundamentalmente su base es la primera edición de "La Expansión...", y tiene como centro temático, como el propio título de su artículo lo señala, los delitos económicos.

Utiliza como comparación, para describir la situación del retraimiento del derecho penal -reflejado en tendencia de derecho penal mínimo como la Escuela de Frankfurt-, la del Big Crunch de la astrofísica; y respecto del concepto expansivo, el de Big Bang<sup>181</sup>. Fuera de exponer las características de cada una de estas tendencias doctrinales, pasa a revisar dichos planteamiento desde una esfera crítica, sobre todo el relativo a la expansión.

En primer lugar, critica sus causas. Cuestiona las conclusiones de SILVA SÁNCHEZ sobre los gestores atípicos de la moral, sosteniendo que en gran parte que los gestores han surgido con posterioridad a formas previas de agresión diversas a las del

---

<sup>176</sup> Ibíd., pp. 185-186.

<sup>177</sup> Ibíd., p. 186.

<sup>178</sup> Ibíd., pp. 187-189.

<sup>179</sup> Ibíd., p. 189.

<sup>180</sup> Con posterioridad publicado como "Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del "Big Crunch" y la selección de bienes jurídico-penales", en *La política criminal en Europa*, MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN, SANTIAGO MIR PUIG (coord.), Atelier, Barcelona, 2004, pp. 91-106. Este trabajo es sustancialmente el mismo.

<sup>181</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA; GRACIA MARTÍN, LUIS; HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 1º ed, 2002, pp. 395-431, pp. 395-399.

derecho penal clásico, y que responden a las actuales relaciones de mercado<sup>182</sup>. Cuestiona además, el que se amplíen las aspiraciones de los sectores de la izquierda política a opiniones reducidas sólo a la seguridad ciudadana, y que sea ésta quien preconice dicha demanda, no obstante ser común esta demanda de la derecha política, donde ésta es quien tiene mayor protagonismo a la hora de expandir las posibilidades del derecho penal, sobre todo basada en demandas de seguridad, y donde la izquierda exige ampliaciones como los delitos económicos, donde se encuentran lejos de un carácter sólo simbólico<sup>183</sup>.

En segundo lugar, admite la dualidad de regulación que propone SILVA SÁNCHEZ, sobre el “derecho de intervención” de HASSEMER, pero con reservas. En efecto, no reniega de las argumentaciones de SILVA SÁNCHEZ, en torno a la fuerza comunicativa que tiene el derecho penal sobre otras áreas del derecho, y por ello se inclina a favor de un sistema dual de regulación dentro de dicho derecho, pero admite una regulación más dulcificada, o sea sanciones no relacionadas con la prisión, sólo si se trata de delitos económicos a su vez más suaves, pero tratándose de delitos más graves, éstos deberían quedar dentro del Derecho penal nuclear y conminarse con penas privativas de libertad, pero sin flexibilizar ningún tipo de garantías<sup>184</sup>.

Para determinar qué delitos deben quedar en el núcleo duro, y cuáles huir a un derecho penal accesorio sobre la materia, establece una serie de argumentaciones, con la premisa fundamental que las observaciones de SILVA SÁNCHEZ sobre los delitos económicos en relación a la expansión no es acertada, que no a todos puede imputarse la categoría de derecho penal simbólico, deslegitimando de paso, toda intervención penal en este sector, debiendo distinguirse entre bienes jurídicos y entre técnicas de tipificación<sup>185</sup>.

Señala, en primer lugar, que el tipo de delitos económicos no se encuadra en ninguna de las hipótesis de un derecho penal simbólico que él señala<sup>186</sup>, ni que su fenomenología se adecúe a las causas de la expansión<sup>187</sup>. Es más, otra de las causas de expansión de una legislación simbólica es la sensación subjetiva de inseguridad en relación al menor riesgo objetivo, cuestión que ocurre con los delitos económicos donde el ciudadano medio no tiene conciencia de éstos, por lo que la sensación de inseguridad es muy inferior al riesgo objetivo<sup>188</sup>. Tampoco existe suficiente identificación con la víctima, y lejos de tomar el riesgo como base de la criminalización, se respeta su libre juego<sup>189</sup>.

El problema se basa fundamentalmente en la configuración de los delitos, en la especificación de las clases de bienes jurídicos y su técnica de tipificación para cada caso, donde deben distinguirse delitos económicos orientados a la tutela del patrimonio individual y de forma mediata de un bien colectivo, de los orientados a la tutela de un bien supraindividual institucionalizado con referente patrimonial individual, y de los orientados a la tutela de un bien supraindividual general institucionalizado sin referente individual<sup>190</sup>. De esta clasificatoria que entraña diferenciación, extrae precisiones a los bienes jurídicos que le dan concreción lejos de toda espiritualización, y delimita las formas de técnica de tipificación que apoye dicho alejamiento de espiritualizarlos.

---

<sup>182</sup> Ibid., p. 405.

<sup>183</sup> Ibid., pp. 405-406.

<sup>184</sup> Ibid., pp. 407-408.

<sup>185</sup> Ibid., pp. 408-409.

<sup>186</sup> Y que extrae de las reflexiones de DÍEZ RIPOLLÉS, siendo aquellas hipótesis para determinar un derecho penal como simbólico, el que se “satisface objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico” (Ibid., p. 403), cuando incide en personas lejanas a la comisión de delitos, y cuando el efecto de intervención penal rebasa las necesidades de control a satisfacer la reacción penal (Ibid., p. 404).

<sup>187</sup> Ibid., p. 410.

<sup>188</sup> Ibid., p. 410.

<sup>189</sup> Ibid., p. 411.

<sup>190</sup> Ibid., pp. 413-417.

Concluye de algún modo, en la aceptación de la expansión o Big Bang, tratándose de bienes jurídicos que han sido permeables a una ideología de un Estado Social y Democrático de Derecho –como los relativos a los delitos económicos<sup>191</sup>-, y que bajo este esquema han posibilitado su construcción<sup>192</sup>, la cual debe ser democrática y participativa para su real legitimación<sup>193</sup>.

### 3. LAS CRÍTICAS DE LAURENZO COPELLO A “LA EXPANSIÓN...”

PATRICIA LAURENZO COPELLO, publica una reseña a “La Expansión...” en el año 2003<sup>194</sup>. Si bien, y como toda reseña, su objeto es la exposición del libro de SILVA SÁNCHEZ en su segunda edición, lo cierto es que se preocupa de hacer críticas sustantivas y contundentes al citado libro.

La autora señala como primera crítica el hecho que si bien ha aumentado la violencia en las ciudades, no necesariamente dependen como único factor de la moderna marginalidad urbana en relación a procesos como la inmigración clandestina, consumo de drogas o desempleo, que pueden ser fuente de delincuencia, pero no de tal entidad como para erigirse en la causa principal<sup>195</sup>. Mucho más violenta son las costumbres de la subcultura de las organizaciones criminales transnacionales, que poco o nada tienen que ver con la marginación y a grupos marginados, ya que no se encuentran afincados laboralmente en los Estados europeos donde se produce la comisión de estos delitos, por la naturaleza transnacional de la organización, por lo que no pertenecen a la bolsa de desempleo y marginalidad de los Estados<sup>196</sup>. Esta última más bien, antes que fuente objetiva de riesgo, es una fuente subjetiva por la imagen sesgada ofrecida de estos, por los medios de comunicación<sup>197</sup>.

Otra de las observaciones formuladas, es en estimar que las críticas por SILVA SÁNCHEZ al concepto de bien jurídico –y de paso al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos- sobre una supuesta ineficacia o inutilidad en la contención del Derecho penal, no son tan ciertas, puesto que los problemas en el cumplimiento de la función crítica del bien jurídico se ve entenebrecida más bien por la confusión metodológica, al no distinguirlo del objeto material u otro elemento típico, lo que lleva a establecer objetos difusos como bienes, incapaces de limitar la intervención punitiva ni fundamentador de

---

<sup>191</sup> Este argumento ya había sido sostenido por el autor previamente. En efecto, señala el citado: “...en el momento presente [1982], y fruto de las profundas transformaciones que se han producido en el terreno económico y social, surgen nuevas formas claramente delictivas, que, o bien no están previstas en, nuestro texto punitivo, o bien solo pueden perseguirse de forma muy limitada e insuficiente a través de los medios de que este dispone. Se trata de conductas que atentan contra valores fundamentales de la comunidad de nuestros días y que, por tanto, son merecedoras de sanciones jurídico-penales. Ilustrativas son, desde esta perspectiva, las infracciones relativas al orden socioeconómico, que en términos generales tipifica -a nuestro entender- adecuadamente el Proyecto de Código penal de 1980; tipificación que, además, es plenamente coherente con imperativos constitucionales de tutela jurídica, atinentes a la Economía nacional española, que se recogen en el artículo 38 del texto fundamental” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “La inflación del derecho penal y del derecho administrativo”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 6, 1981-1982, pp. 197-214, p. 212).

<sup>192</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, p. 430.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 431.

<sup>194</sup> LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Reseña”, en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 207-228. Para su cita en este trabajo, utilizaremos la copia de este artículo en la misma edición de “La Expansión...” que hemos utilizado como texto de apoyo.

<sup>195</sup> LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Reseña”, p. 212.

<sup>196</sup> *Ibid.*, pp. 212-213.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 213.

una interpretación teleológica, cuestión que contribuye las figuras típicas de contenido difuso que político-criminalmente se acogen debido a la demanda social<sup>198</sup>. Esto lleva a considerar como no justa la vinculación que hace SILVA SÁNCHEZ de la debilidad que presenta hoy la teoría del bien jurídico con los delitos socioeconómicos, ya que aquella presupone justamente la adaptación del derecho penal a las situaciones históricas, con lo cual deberían buscarse criterios renovados y precisos sobre las características de los objetos de tutela penal, que de no hacerlo, se corre el riesgo de favorecer el fenómeno expansivo<sup>199</sup>.

Por lo demás le parece poco viable fijar en el principio de proporcionalidad la carga de contención punitiva, como lo hace SILVA SÁNCHEZ, ya que aquel depende de criterios valorativos previos e independientes de él, como punto de partida para una ponderación aceptable<sup>200</sup>.

Otro punto crítico, es el rechazo a la idea que los delitos socioeconómicos no puedan pertenecer al núcleo duro del derecho penal o que son menos graves que la delincuencia clásica<sup>201</sup>, por estimar como evidente el “enorme potencial destructivo y desestabilizador de la estructura social”<sup>202</sup> de estos delitos. El argumento de que no se perturban bienes jurídicos individuales, sea a título de peligro concreto o abstracto, no es aceptable, desde que no son menos graves que delitos contra bienes individuales, y que de aceptar esa tesis, se negaría la autonomía como bienes jurídicos colectivos o dependientes de los individuales, refugiándose dicho criterio en la escasa precisión para su definición, lo cual resta oportunidades para la formulación de una teoría de los bienes jurídicos colectivos fundados en otros criterios que los naturalistas para justificar la lesividad de la conducta<sup>203</sup>.

Encuentra además, que existe un cierto sesgo interesado al proponer las dos velocidades, porque al fundar su base en un juicio de proporcionalidad se está pendiente de la gravedad de la pena, pero no del “desvalor intrínseco del hecho”<sup>204</sup>, cuestión que de tener en consideración se vería el intenso potencial del daño de estas conductas que harían que se perciban las sanciones incluso, como desproporcionadamente leves. Por lo que el criterio de las dos velocidades se ve como una “sagaz coartada para satisfacer las exigencias sociales de criminalización de los poderosos”<sup>205</sup>.

Por otro lado, le parece a la autora discutible el encadenamiento fatalista entre crecimiento de derecho penal y debilitamiento del sistema de garantías que señala el catalán, ya que considera más bien como insuficientes aquellos para captar las nuevas formas de criminalidad, cuestión que no impediría un ajuste de estos a las nuevas realidades<sup>206</sup>. De ahí que proponga la búsqueda de nuevos criterios “alternativos y paralelos” análogos a los criterios clásicos de imputación<sup>207</sup>. Uno de ellos es la extensión de la responsabilidad a las personas jurídicas, pero topa con el problema de no depender de una garantía tan arraigada del ser humano como el de la culpabilidad, cuestión que podría resolverse con criterios de garantía adecuados, como el principio por defecto de organización asemejable a la imprudencia<sup>208</sup>. Tal sistema de criterios semejantes, podría

---

<sup>198</sup> Ibid., p. 218.

<sup>199</sup> Ibid., pp. 218-219.

<sup>200</sup> Ibid., p. 219.

<sup>201</sup> RODRÍGUEZ MESA, M<sup>a</sup> JOSÉ, “Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-10, 2007, pp. 1-20, p. 4.

<sup>202</sup> LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Recensión”, p. 222.

<sup>203</sup> Ibid., pp. 222-223.

<sup>204</sup> Ibid., pp. 223-224.

<sup>205</sup> Ibid., p. 224.

<sup>206</sup> Ibid., pp. 224-225.

<sup>207</sup> Ibid., p. 225.

<sup>208</sup> Ibid., pp. 225-226.

conformar una respuesta unificada a estos delitos, basando la incriminación en función de la gravedad del hecho y no de la clase de sector social incriminado<sup>209</sup>.

La última crítica de la autora se dirige en que sistemas como la tercera velocidad, en cuanto concesión al derecho penal del enemigo, pone en evidencia los fracasos del sistema, ya que aceptar personas excluidas del sistema sería como aceptar que éstas puede optar o no por estar dentro o fuera del sistema, y que aunque el fundamento de dicho sistema sea por el carácter altamente desestabilizador de las conductas, estima más desestabilizador estos discursos, lo cual puede conducir a grandes riesgos por abandonar un Derecho Penal Garantista<sup>210</sup>.

#### 4. LOS ALCANCES A LA SEGUNDA VELOCIDAD DE GARCÍA CAVERO

En su *Derecho penal económico* (2003), GARCÍA CAVERO hace algunos alcances a la segunda velocidad propuesta en el modelo expansivo, aceptando el sistema dual propuesto por SILVA SÁNCHEZ, pero con algunos reparos<sup>211</sup>.

Es así como el autor difiere del parámetro para la consideración en la flexibilización o rigidizar los criterios de imputación y las garantías político-criminales, no en la pena, sino más bien en las características del hecho sancionado. Así un Derecho penal flexible tiene fundamento en la necesidad social de garantizar la vigencia de determinadas expectativas sociales esenciales con independencia de un resultado lesivo. Por ejemplo, en los delitos patrimoniales basta la lesión para determinar una conducta que atente el patrimonio, pero es diferente en los delitos económicos, donde, y para asegurar el orden económico, no alcanza a asegurarse en la lesión, sino que es necesario el aseguramiento de la vigencia de ciertas expectativas normativas en niveles anteriores a la lesión. “El Derecho penal económico –señala el autor- es un Derecho penal de una velocidad distinta a la del Derecho penal tradicional, de manera que los criterios de imputación de responsabilidad penal tienen que adaptarse a una realidad diferente a la considerada por el Derecho penal liberal, mientras que las garantías jurídico-penales tienen que encontrar en este ámbito su propia identidad y racionalidad dentro del sistema”<sup>212</sup>.

Para encontrar un punto común entre el derecho penal tradicional y el derecho penal económico, habría de encontrarse en iguales reglas procesales y orgánica (jueces), sin perjuicio además que ambos derechos cumplen la “misma función social” esto es, la vigencia de las expectativas normativas derivadas de la identidad normativa<sup>213</sup>.

#### 5. LAS OBSERVACIONES CRÍTICAS DE MILITELLO

MILITELLO a través de una reseña de título *Modernas tendencias de política criminal y transformación del sistema penal* (2004), presenta algunas observaciones críticas a la expansión como modelo explicativo, a considerar aquí.

---

<sup>209</sup> Ibíd., p. 226.

<sup>210</sup> Ibíd., pp. 227-228.

<sup>211</sup> CAVERO, PERCY GARCÍA, *Derecho penal económico, Parte general*, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 127.

<sup>212</sup> Ibíd., p. 128.

<sup>213</sup> Ibíd., p. 129.

En efecto, y como primera cuestión, cree que simplifica en exceso el panorama del derecho penal moderno con la tesis expansiva, específicamente con el hecho de vislumbrar la expansión en cuanto fenómeno como negativo y las reducciones opuestas como positivo, cuestión que es algo más complejo<sup>214</sup>.

Otra crítica es la de no afrontar SILVA SÁNCHEZ, una discusión de peso y apoyada en observación empírica, sobre penas alternativas, al centrarse mucho en el tema de la prisión, corolario que debería haber servido de punto de partida para una nueva discusión en relación al examen del catalán<sup>215</sup>. Así, encuentra difícil que la pena de prisión hubiese de sustraerse del espacio de los delitos económicos<sup>216</sup> que estima como formas de agresión no menos peligrosas que los tradicionales<sup>217</sup>, sobre todo aquellos donde se vinculan más directamente a la violencia y la intimidación, las cuales serían difícilmente sustituibles por sanciones alternativas<sup>218</sup>.

Crítica además la observación de SILVA SÁNCHEZ, de encontrar un error metodológico en abandonar el discurso social en el tema de la criminalidad de los desfavorecidos a favor de una atención de privilegio a la criminalidad de los poderosos. Fuera de negar que ello sea el fruto de una mutación del sistema de un sistema unidimensional a otro pluridimensional, afirma MILITELLO que el panorama italiano demuestra una cosa diversa, esto es, que el retorno a una criminalidad tradicional ha conducido a redimensionar de forma más radical los casos de persecución criminal de sujeto menos marginados<sup>219</sup>.

El argumento de no contaminación de ambas velocidades es igualmente criticado por MILITELLO, en el sentido que la flexibilización ocurrida en plano de los delitos socioeconómicos podría reflejarse aún en los delitos tradicionales y en contra de la criminalidad de los "indigentes", lo que habría de hacerla perjudicial, cuestión que es replicada en el sentido de por qué las respuestas penales de los delitos socioeconómicos no podría extenderse a los tradicionales<sup>220</sup>.

## 6. LAS OBSERVACIONES DE ABANTO

ABANTO, en un artículo del año 2006 titulado "Acerca de la teoría de bienes jurídicos"<sup>221</sup>, presenta algunas observaciones críticas a "La expansión...".

En efecto y en primer lugar, señala que existen aserciones incorrectas expresadas en "La expansión...". No es cierto, según el autor, el carácter expansivo de los delitos económicos como lo refiere SILVA SÁNCHEZ, como tampoco es cierto que el derecho penal económico refleje siempre un derecho penal simbólico, ni que abarque solo bienes supraindividuales, ni que los tipos de peligro abstracto sean característico de ellos y que carezcan de lesividad. Lejos de pensar en una expansión, la criminología ha señalado la

---

<sup>214</sup> MILITELLO, VINCENZO, "Recensión. Modernas tendencias de política criminal y transformación del sistema penal", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2º edición)*, Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 232-252, p. 247.

<sup>215</sup> *Ibíd.*, pp. 248-249.

<sup>216</sup> *Ibíd.*, p. 250.

<sup>217</sup> *Ibíd.*, p. 248.

<sup>218</sup> *Ibíd.*, p. 250.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, pp. 250-251.

<sup>220</sup> *Ibíd.*, p. 251.

<sup>221</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", *Revista penal*, N° 18, 2006, pp. 3-44.



existencia de un “déficit de criminalización”<sup>222</sup>, por falta de conciencia del daño producido como del reconocimiento de víctimas concretas, y por descuidarse el componente individual de dichos delitos.

El autor controvierte igualmente la idea de una “segunda velocidad” y un sistema dual en los términos propuestos por “La expansión...”, ya que ello significaría contravenir el principio de igualdad, donde las garantías constitucionales rijan de modo diferente para uno y otro caso<sup>223</sup>.

Por el contrario, ABANTO, parece ir en la línea de establecer una tercera vía, esto es, un derecho penal o sancionador de la empresa que fuere autónomo, que a diferencia de la propuesta del derecho penal de intervención de HASSEMER que se queda en lo administrativo, éste es al fin de cuentas derecho penal, pero que tiene por objeto el ente colectivo con reglas diferenciadas a su carácter colectivo, reconociendo además una responsabilidad paralela de forma individual, por actos contra bienes jurídicos supraindividuales<sup>224</sup>, contribuyendo de paso, a un efecto pedagógico de los tipos penales, en retraer de conductas transgresoras a entes colectivos<sup>225</sup>.

## 7. LAS REFERENCIAS DE MIR A LA EXPANSIÓN

MIR en “Constitución, derecho penal y globalización”(2007), realiza algunos alcances a la tesis de SILVA SÁNCHEZ, aunque básicamente, sean generalidades y más bien algunas cuestiones apuntadas no de forma exhaustiva, como señala el autor<sup>226</sup>. Tales apreciaciones están más bien dirigidas al fenómeno de la expansión descrito por SILVA SÁNCHEZ, antes que al esquema presentados por este autor.

Fuera de partir desde el mismo concepto de expansión y con iguales significaciones, señala algunos factores que a su juicio han contribuido a la expansión del derecho penal, los cuales agrupa en cuatro factores de evolución: tecnológica, económica, política, cultural<sup>227</sup>. Básicamente no son diferente a los que plantea SILVA SÁNCHEZ, aunque si extiende algunas consideraciones respecto de algunos, y la agrupación permite una sistematización más manejable a nivel metodológico. En aquellas cuestiones que se mencionan como diferentes de las explicaciones del modelo expansivo, se consigna el señalamiento de la creación de paraísos fiscales dentro de la evolución económica como factor, el cual es un fenómeno no menor; el hecho de mencionar a la política como factor de expansión, cosa que SILVA SÁNCHEZ no menciona, aunque MIR señala el término sólo restringido a la actividad de los poderosos y de los débiles, y en este punto si es de mención por SILVA SÁNCHEZ, pero atribuido a factores sociales más que políticos<sup>228</sup>; el que relacione, dentro del factor cultural, la violencia en la sociedad a la

---

<sup>222</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, p. 37.

<sup>223</sup> *Ibíd.*, pp. 37-38.

<sup>224</sup> *Ibíd.*, pp. 38-39.

<sup>225</sup> *Ibíd.*, p. 39. En el mismo sentido ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 1-52, pp. 35-36), y proponiendo para lo que SILVA SÁNCHEZ llama segunda velocidad, un derecho penal de la empresa (*Ibíd.*, p. 44).

<sup>226</sup> MIR PUIG, SANTIAGO, “Constitución, derecho penal y globalización”, en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTIN, VICTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 15-54, p. 12.

<sup>227</sup> *Ibíd.*, pp. 9-10.

<sup>228</sup> *Ibíd.*, p. 11.

violencia económica y su hincapié en la agresividad en la competitividad como base del sistema capitalista<sup>229</sup>.

Dentro de todo este marco, MIR encuentra que existen cuestiones que son aceptables de regulación penal, por ejemplo, que el derecho penal alcance a los poderosos y proteja a la mujer y los menores<sup>230</sup>. La rigORIZACIÓN de la penalidad como en USA, debería ser rechazada por su alejamiento de las bases de un derecho penal nuclear, y que el derecho penal contra los terroristas haya de ser contundente, pero respetuoso de las garantías constitucionales, y sin caer en la misma lógica que impera en el terrorismo, para producir sus respuestas<sup>231</sup>.

En este nivel de reflexión podríamos señalar que MIR no estaría de acuerdo con una tercera velocidad, y que pareciera inferirse de sus palabras, una distancia aún con una segunda velocidad.

## 8. EL CRITICISMO DOGMÁTICO-FILOSÓFICO DE GRACIA MARTIN EN REFERENCIA A LA EXPANSIÓN

### a. Marco general de la postura de GRACIA MARTIN

GRACIA MARTIN reúne una serie de reflexiones en su libro "Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia" (2003)<sup>232</sup>, que se constituye no sólo en reflexiones, sino tal vez en la formulación de una visión específica sobre el aspecto de la criminalidad en la modernidad denominada como "criticismo dogmático-filosófico"<sup>233</sup>, fundado, según sus propios dichos, en la filosofía de la sospecha<sup>234</sup>. En él, si bien las críticas no van dirigidas al concepto de expansión de modo directo, realiza más bien una crítica general a la postura reaccionaria del derecho penal moderno –sobre todo respecto de la Escuela de Frankfurt-, dentro del cual se encuentra la postura de SILVA SÁNCHEZ como parte integrante del marco ideológico de dicho derecho penal moderno<sup>235</sup>.

---

<sup>229</sup> Ibid., pp. 11-12.

<sup>230</sup> Ibid., p. 12.

<sup>231</sup> Ibid., p. 13.

<sup>232</sup> Tanto éste, como el núcleo de sus reflexiones ya había sido anunciado por su artículo "¿Qué es modernización del derecho penal?", en DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA; GRACIA MARTÍN, LUIS; HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 1º ed., 2002, pp. 349-394.

<sup>233</sup> En mención de SCHÜNEMANN, GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2003, p. 20; y en referencia del propio autor, Ibid., p. 22.

<sup>234</sup> Ibid., p. 23.

<sup>235</sup> No sin ser el mismo, en todo caso, objeto de crítica. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M, "Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*", *Política criminal*, Nº 2, R7, 2006, pp. 1-27; Igualmente DEMETRIO CRESPO al señalar respecto de las argumentaciones de GRACIA MARTÍN: "Su afirmación de que "la totalidad de los principios, criterios político-criminales, e instrumentos dogmáticos de la modernización, son conformes con las exigencias del Estado de Derecho", de modo que "esta conformidad se realiza en un grado tan absoluto que la misma no admite ni excepciones ni una mínima relativización", deberá ser objeto, sin embargo, de una profunda discusión. En mi opinión, y en una primera aproximación, dicha afirmación resulta cuando menos "demasiado contundente", sobre todo si no perdemos de vista que el Derecho Penal moderno comprende construcciones a las que ya aludo en el título de este trabajo, como es el por JAKOBS denominado y descrito como "Derecho Penal del enemigo", que puede identificarse sin demasiadas dificultades como una

Para GRACIA MARTIN -y siguiendo a FOUCAULT-, existe una apropiación del discurso de la criminalidad respecto de las clases poderosas o burguesía, fijando como objeto de mayor preocupación penal, la criminalidad de las clases menos poderosas, y excluyendo a las clases poderosas en cuanto objeto de la criminalidad, y con ello, excluirlas de responsabilidad penal<sup>236</sup>. De ahí que se encuentren dos posturas en pugna sobre el Derecho penal moderno, una denominada por GRACIA MARTIN, como discurso de resistencia a la modernización del derecho penal<sup>237</sup>, la cual tiene por característica la exclusión en cuanto objeto, de la criminalidad de los poderosos, siendo ideológicamente burguesa y reaccionaria, y la segunda, que constituye la modernización del derecho penal, cuyo objeto es toda la criminalidad, dentro de la cual se encuentra la criminalidad de los poderosos.

Para el señalamiento de este aserto, GRACIA MARTIN pone especial énfasis en la cuestión metodológica, determinando que el ocultamiento de dicho antagonismo, es un problema epistemológico, fundado tanto en el objeto de conocimiento de la penalidad<sup>238</sup>, como en la relación entre el objeto de la criminalidad y sus enunciados<sup>239</sup>. Para lo cual propone un cambio metodológico que permita una ruptura del concepto anterior del Derecho penal<sup>240</sup>, mediante la formulación de un concepto material del derecho penal moderno<sup>241</sup>, cuyo objeto es recuperar la totalidad de la criminalidad material de la sociedad, que incluye la criminalidad de los poderosos excluida de dicha totalidad<sup>242</sup>, denominando este objetivo como una “lucha por el discurso material histórico de la criminalidad”<sup>243</sup> y a la vez una exigencia necesaria por referirse esta necesidad a la protección de bienes jurídicos<sup>244</sup>.

Así, el discurso de la resistencia a la modernización, correspondería al Derecho penal de la ilustración, como realización histórica de la utopía burguesa<sup>245</sup>. En este punto controvierte la posición de SILVA SÁNCHEZ sobre la inexistencia histórica del Derecho penal liberal<sup>246</sup> -recordemos la postura del profesor catalán al llamar ucrónica la pretensión de su existencia histórica<sup>247</sup>-, denominándola como “falta de fundamento histórico”<sup>248</sup>. GRACIA MARTIN encuentra dicho fundamento en la tesis de LOCKE quien prevalece ideológicamente frente a la antagónica tesis de ROUSSEAU en el discurso ilustrado y burgués, puesto que el primero defiende la propiedad privada como aún

---

corriente regresiva, que carece de legitimidad constitucional” (DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo”, *Revista de la Justicia Penal*, Editorial Librotecnia, Abril, Nº 4, Santiago de Chile, 2009, pp. 11-42, p. 35).

<sup>236</sup> GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, pp. 165-175.

<sup>237</sup> *Ibíd.*, p. 21, p. 163.

<sup>238</sup> *Ibíd.*, p. 181.

<sup>239</sup> *Ibíd.*, pp. 164-171.

<sup>240</sup> *Ibíd.*, p. 190. Tal ruptura se hace posible metodológicamente para GRACIA MARTIN, si se tiene en consideración dos cuestiones de base: a) un axioma normativo de base ontológica, fundado en el sistema de WELZEL, esto es, que la misión del Derecho penal es el fomento de los valores ético-sociales elementales, fundados en el contrato social cuyo objetivo es la protección de bienes jurídicos; b) considerándolas acciones de las clases poderosas como un “sistema de acción”, con el objeto de no criminalizar solo tipos aislados, sino más bien, de forma sistemática, la totalidad de las acciones disvaliosas (*Ibíd.*, p. 195).

<sup>241</sup> *Ibíd.*, pp. 161-162.

<sup>242</sup> *Ibíd.*, p. 162-164.

<sup>243</sup> *Ibíd.*, p. 166.

<sup>244</sup> *Ibíd.*, p. 189.

<sup>245</sup> *Ibíd.*, p. 174.

<sup>246</sup> *Ibíd.*, p. 175.

<sup>247</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, p. 115.

<sup>248</sup> GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, p. 175.

anterior al pacto social y necesariamente preservable con posterioridad a él –y bajo su vigencia-, en contraposición a la posición del ginebrino, quien niega el derecho natural a la propiedad, siendo causa de todos los males del género humano, siendo el objeto del contrato social el impedir formar la propiedad privada. Esto conlleva a garantizar la formación de la burguesía<sup>249</sup>. Esta, finalmente, sería la base del derecho penal liberal.

Este último así, se construiría no sobre la base de garantías, cuestión que no sería de su esencia, sino más bien de los objetos de la criminalidad constituido por los discursos, y sus enunciados<sup>250</sup>. Las garantías en este andamiaje, tendrían una “cara oculta”, en cuanto garantías formales y materiales de las clases poderosas<sup>251</sup>. Así y en efecto, el principio de legalidad, sería garantía de protección de sus esferas de libertad ante los ataques de las clases relegadas, como garantía de exclusión de sus acciones materialmente criminales del discurso de la criminalidad, y como garantía de expansión de su libertad de actuación criminal al excluirlas del discurso de la criminalidad<sup>252</sup>. Pero para las clases sometidas, funciona como “instrumentos de clasificación, disciplina y represión de su sistema material de acción contra los bienes jurídicos” excluidos del disfrute de ellos por ser acaparados por las clases poderosas<sup>253</sup>. Así el principio de legalidad opera, mediante el trazado que hacen las clases poderosas de los límites de actuación reducidos de las clases sometidas; como instrumento de represión, si se superan los límites de libertad escasa. Esto último provoca que cualquier expansión de libertad en las clases poderosas, provoque la reducción de libertad de las clases sometidas<sup>254</sup>.

Por otra parte, el discurso de la resistencia se basa en una teoría del Estado que GRACIA MARTIN encuentra históricamente –material y dialécticamente- superada, aquella del Estado liberal de Derecho<sup>255</sup>, a diferencia de un Estado social y democrático de Derecho, fundamento necesario de una modernización del derecho penal<sup>256</sup>. Así, las garantías liberales que se preconizan como propias del Estado liberal no son tales, tanto en cuanto no son inmanentes a ella, sino bajo condiciones a posteriori de síntesis<sup>257</sup>, y porque las condiciones históricas reclaman una comprensión social, donde la construcción conceptual de un Estado liberal y su relación con las garantías, sería insuficiente<sup>258</sup>. Por ello, la fórmula del Estado social y democrático de derecho vendría históricamente a reemplazar a aquella y para corregir los desequilibrios sociales surgidos, cuestión que debe servir de base a un discurso por la modernización que contemplando este espacio social, contrarreste la “expansión”<sup>259</sup> de los espacios de libertad de las clases poderosas, y favorezca la “expansión” del derecho penal en cuanto proceso de modernización<sup>260</sup>.

## **b. Apreciaciones de GRACIA MARTIN en torno a la expansión**

Bajo este contexto, la postura de SILVA SÁNCHEZ para GRACIA MARTIN, se encontraría como una formulación dentro del discurso de la resistencia a la

---

<sup>249</sup> Ibid., pp. 175-176.

<sup>250</sup> Ibid., p. 181.

<sup>251</sup> Ibid., pp. 181-182.

<sup>252</sup> Ibid., pp. 182-183.

<sup>253</sup> Ibid., p. 183.

<sup>254</sup> Ibid., pp. 183-184.

<sup>255</sup> Ibid., p. 199.

<sup>256</sup> Ibid., p. 200.

<sup>257</sup> Ibid., p. 207.

<sup>258</sup> Ibid., p. 208.

<sup>259</sup> Ibid., p. 213.

<sup>260</sup> Ibid., p. 197.

modernización. Primero, por desconocer el carácter histórico del desarrollo de un Derecho penal liberal<sup>261</sup>; segundo, por su postura, en cuanto a que la modernización no supone abogar por un Derecho penal de clases sociales, ya que la criminalización bajo este contexto distingue hechos y no sujetos, cuestión que encuentra GRACIA MARTIN incierta<sup>262</sup>; tercero, y las más importante –que es deducible de la construcción de GRACIA MARTIN-, por marginar de la criminalidad más dura a la criminalidad de los poderosos.

Dentro de este esquema explicativo, la expansión para GRACIA MARTIN, es un concepto que equipara dentro de su constructo metodológico a modernización, cuestión donde la expansión entonces no sólo es deseable sino necesaria y que cope -por su efecto expansivo- “hasta la última de las acciones criminales”<sup>263</sup> de las clases poderosas que se han producido como una violación sistemática y constante del pacto social. Pero por otra parte, igualmente utiliza el concepto de expansión en un segundo nivel, y como contraposición de los espacios de libertad de las clases poderosas respecto de la contracción de los derechos de las clases subordinadas.

## 9. DÍEZ RIPOLLÉS Y SU MODELO PENAL BIENESTARISTA EN OPOSICIÓN AL MODELO SECURITARIO

### a. Marco general de la postura de DÍEZ RIPOLLÉS

Dentro del marco de reflexiones formuladas en referencia a la discusión que generó la problemática de la expansión como explicación y concepto, se ciernen con suma importancia las apreciaciones de DÍEZ RIPOLLÉS. Éstas fueron vertidas fundamentalmente en dos artículos<sup>264</sup>, los cuales dieron posteriormente fruto al libro “La política criminal en la encrucijada” (2007), el cual los contiene, adicionando a su vez, otras cuestiones relacionados con el tema central de su tratativa. De ahí que nos concentraremos fundamentalmente en este libro, y en sus referencias directas al debate expansivo.

Del estudio de la realidad criminológica en España<sup>265</sup> -donde se afirma que las tasas de criminalidad española no son elevadas en comparación a otros países europeos<sup>266</sup>, que el uso de la prisión es principal dentro del sistema de penas español<sup>267</sup>, que la estructura tradicional de la criminalidad española se mantiene<sup>268</sup>, que las reformas del 2003 al Código Penal Español de 1995 endurecieron su sistema de penas<sup>269</sup>-, el autor infiere que se ha sostenido un modelo penal específico derivado de la concepción de un Estado “que se ve a sí mismo garante del orden público, y que por ello diseñó un sistema de penas enfocado a quitar de la circulación a los delincuentes”<sup>270</sup>. La idea general del

---

<sup>261</sup> Ibíd., p. 175.

<sup>262</sup> Ibíd., p. 186.

<sup>263</sup> Ibíd., p. 197.

<sup>264</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 06-03, 2004, pp. 1-34; DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 07-01, 2005, pp. 1-37.

<sup>265</sup> Cuestión que implica, la adición textual a los artículos citados anteriormente, para la formación de un preámbulo a aquellos en su Libro.

<sup>266</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, Julio César Faira-Editor, Buenos Aires, 2007, p. 8, p. 25.

<sup>267</sup> Ibíd., p. 14, p. 17, p. 26.

<sup>268</sup> Ibíd., pp. 26-27.

<sup>269</sup> Ibíd., p. 35.

<sup>270</sup> Ibíd., p. 56.

autor es la necesidad de transitar desde dicho modelo, a uno que se emparente a un Estado de Bienestar, donde exista equilibrio o concordancia entre los nuevos bienes surgidos de aquel, y el sistema de penas. La posibilidad está, puesto que la sociedad de consumo ha generado una calidad de vida asociada, cual puede ser afectada por penas como la multa en vez de la prisión; o la intervención de los poderes públicos ha generado un conjunto de beneficios, a los que pueden contraerse privaciones de derecho como penas en vez de la prisión<sup>271</sup>.

Sin embargo, las posibilidades de tránsito se ven entenebrecidas por dos factores. El primer factor se debe a la crisis de los modelos penales antiguos, como el de intervención mínima y el de resocialización; el primero, por su inmovilismo y por ser negativos a la hora de discutir sobre el control social sobre nuevas necesidades sociales, lo cual los conduce al plano de irresponsabilidad<sup>272</sup>; el segundo, la ineficacia de las técnicas de tratamiento hacen derivar escasos frutos<sup>273</sup>, la resocialización como cortina de humo de las responsabilidades de las clases privilegiadas en el surgimiento de la delincuencia, la legitimidad de la intervención del individuo, y la intimidación e inocuización del delincuente que pugnan con principio como la proporcionalidad<sup>274</sup>. El segundo factor, es el posicionamiento de una ideología de la seguridad ciudadana<sup>275</sup>, fundada entre otras, en el sentimiento colectivo de inseguridad<sup>276</sup>, en el populismo y la politización del discurso criminal –basado en el debilitamiento de la opinión experta y el ascenso de la opinión popular desinformada-<sup>277</sup>, la reactualización de la prisión del componente aflictivo de la pena<sup>278</sup>, la incorporación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia y su ausencia de recelo ante el uso del poder punitivo<sup>279</sup>, etc. Esta da su origen a un modelo particular de reacción penal, cuál es el modelo de seguridad ciudadana o securitario<sup>280</sup>, el cual ha tenido una acogida doctrinal en manifestaciones tales como el derecho penal del enemigo de JAKOBS<sup>281</sup>, el derecho penal de la tercera velocidad de SILVA SÁNCHEZ<sup>282</sup>, y una reconstrucción del derecho a la peligrosidad, basada fundamentalmente esta última en la aceptación del avance de medidas pre y postdelictuales<sup>283</sup>.

En este contexto, el horizonte político-criminal propiciado por este modelo securitario, es de un proyecto fundado en la desigualdad y la exclusión social<sup>284</sup>, de un sesgo clasista<sup>285</sup>, y de un derecho penal efectista y de soluciones a corto plazo<sup>286</sup>, y que además se ha “servido parasitariamente”<sup>287</sup> del debate sobre una modernización del derecho penal, para expandir sus espacios, y en que los defensores a tal modernización han usado argumentos securitarios para la defensa a sus posturas<sup>288</sup>.

---

<sup>271</sup> Ibid., pp. 56-57.

<sup>272</sup> Ibid., pp. 101-103.

<sup>273</sup> Ibid., pp. 67-68.

<sup>274</sup> Ibid., p. 68.

<sup>275</sup> Ibid., p. 108, p. 116.

<sup>276</sup> Ibid., pp. 73-75.

<sup>277</sup> Ibid., pp. 79-86.

<sup>278</sup> Ibid., pp. 83-90.

<sup>279</sup> Ibid., pp. 90-96.

<sup>280</sup> Ibid., p. XI, p. 116.

<sup>281</sup> Ibid., pp. 177-180.

<sup>282</sup> Ibid., pp. 181-184.

<sup>283</sup> Ibid., pp. 184-188.

<sup>284</sup> Ibid., p. 189.

<sup>285</sup> Ibid., p. 190.

<sup>286</sup> Ibid., pp. 192-193.

<sup>287</sup> Ibid., p. 195.

<sup>288</sup> Ibid., p. 200, incluyendo nota al pie 237.

De ahí que la alternativa como “modelo a promover”<sup>289</sup> en oposición al modelo securitario, sea el “modelo penal bienestarista”<sup>290</sup>, como una visión político-criminal heredera del Estado de Bienestar<sup>291</sup>, que anteponga una aproximación social antes que represiva, haciendo uso de una “racionalidad pragmática” para determinar la efectividad y eficacia de las medidas de intervención social, donde no sólo sea el individuo quien se interviene –y de forma empática<sup>292</sup>–, sino además a la sociedad<sup>293-294</sup>. Esta pragmática no elude una modernización del derecho penal en ámbito económicos y de intereses comunitarios<sup>295</sup>, bajo las previsiones anteriormente dichas, y mientras sin renunciar a las garantías se resignifiquen como límites a las potestades públicas, y se valoren las ideas sociales vigentes por la responsabilidad de los actos<sup>296</sup>.

## **b. La posición de DÍEZ RIPOLLÉS en relación a la expansión como concepto**

DÍEZ RIPOLLÉS acepta el concepto expansivo, como acabamos de ver, pero introduce matices y, sobre todo, apreciaciones interesante al concepto. Estima que existe una diferencia entre la primera y segunda edición de “La expansión...”, por la cual, la primera edición el concepto expansión responde a la criminalidad socioeconómica vinculada a la sociedad del riesgo, en cambio en la segunda edición introduce al concepto la delincuencia clásica de tipo “ley y orden”, con lo cual se trata de responder a dos fenómenos, que si bien ambos reales, se mueven en “direcciones opuestas”<sup>297</sup>, con lo que la expansión, deja de referirse a la criminalidad en la sociedad del riesgo para ocupar un lugar más bien marginal en este concepto<sup>298</sup>.

Así señala que lo que intenta SILVA SÁNCHEZ es hacerlos responder ambos fenómenos “a las mismas causas y a las mismas exigencias ideológicas”<sup>299</sup>, no obstante su diferencia, puesto que uno apunta a la “modernización” del derecho penal relativo a la criminalidad de los poderosos, y por otro lado está el que responde a las demandas de seguridad ciudadana, referido a la delincuencia clásica y callejera relativa a los sectores desfavorecidos y marginados<sup>300</sup>. Por lo que percibe que el enfoque de SILVA SÁNCHEZ sobre el concepto expansión se afirma fundamentalmente en el concepto de modernización y como “un movimiento contra los poderosos”, no obstante que la política-criminal tiene como foco más bien la delincuencia clásica y marginal<sup>301</sup>.

El concepto de expansión así, para DÍEZ RIPOLLÉS, fuera de la criminalidad socioeconómica original, se materializa en tres bloques: uno, el de la delincuencia organizada (terrorismo y narcotráfico y tráfico ilícitos en general); dos, la delincuencia grave de naturaleza violenta o sexual; tres, la criminalidad de la marginación y exclusión social<sup>302</sup>. A estos bloques DÍEZ RIPOLLÉS lo signa como “expansión securitaria”<sup>303</sup>,

<sup>289</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, p. 31.

<sup>290</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, p. 120.

<sup>291</sup> *Ibíd.*, p. 121.

<sup>292</sup> Cuestión que resolvería el problema del bienestarismo autoritario.

<sup>293</sup> Lo que superaría la modelo resocializador.

<sup>294</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, p. 121.

<sup>295</sup> *Ibíd.*, p. 122.

<sup>296</sup> *Ibíd.*, p. 124.

<sup>297</sup> *Ibíd.*, p. 72, nota al pie N ° 67.

<sup>298</sup> *Ibíd.*, p. 155.

<sup>299</sup> *Ibíd.*, p. 72, nota al pie N ° 67.

<sup>300</sup> *Ibíd.*, pp. 72-73, nota al pie N ° 67.

<sup>301</sup> *Ibíd.*, p. 73, nota al pie N ° 67.

<sup>302</sup> *Ibíd.*, p. 159-163.

<sup>303</sup> *Ibíd.*, p. 162.

producto de una ideología y de un modelo de la seguridad<sup>304</sup>. Respecto de todos ellos existiría una “deriva autoritaria de la política criminal”<sup>305</sup>.

Al menos los dos primeros bloques se encuadran con lo que SILVA SÁNCHEZ denomina la “tercera velocidad”, lo que, para DIEZ RIPOLLÉS, se emparenta fácilmente con el derecho penal del enemigo, salvo por matices. El primero, que la tercera velocidad se produce dentro del discurso sobre el derecho penal de la sociedad del riesgo<sup>306</sup>. El segundo, que esta tercera velocidad no está tan centrada únicamente en la peligrosidad del individuo, sino por sobre ella, en la sobresaliente lesividad de los comportamientos<sup>307</sup>. Fuera de ello, no existirían diferencias con el derecho penal del enemigo, y su acogimiento dentro del concepto expansivo<sup>308</sup>.

### III. OBSERVACIONES DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN

De acuerdo a lo manifestado en “La Expansión...”, es posible reconocer una aserción principal de ella, esto es, el actual aumento del derecho penal, y que finalmente aquello se expresa en un concepto como el de “expansión”<sup>309</sup>. Esto es una observación de la realidad y a la descripción de su movimiento, lo cual es por ende epistemológico. Dicha observación determina una premisa, que es el *aumento del derecho penal actual*, la que por ende y de acuerdo a lo dicho, es una premisa epistemológica. Desde ésta se deriva toda una arquitectura metodológica para la justificación de la aserción, y que remata finalmente con la propuesta político-criminal del modelo expansivo.

---

<sup>304</sup> Ibid., p. XI, p. 116.

<sup>305</sup> Ibid., p. 163. Esto en razón de señalar que tratándose de la marginalidad como bloque delictivo, éste ejemplifica como ningún otro esta deriva autoritaria de la política criminal, con lo que el resto de los bloques también adolecerían de él.

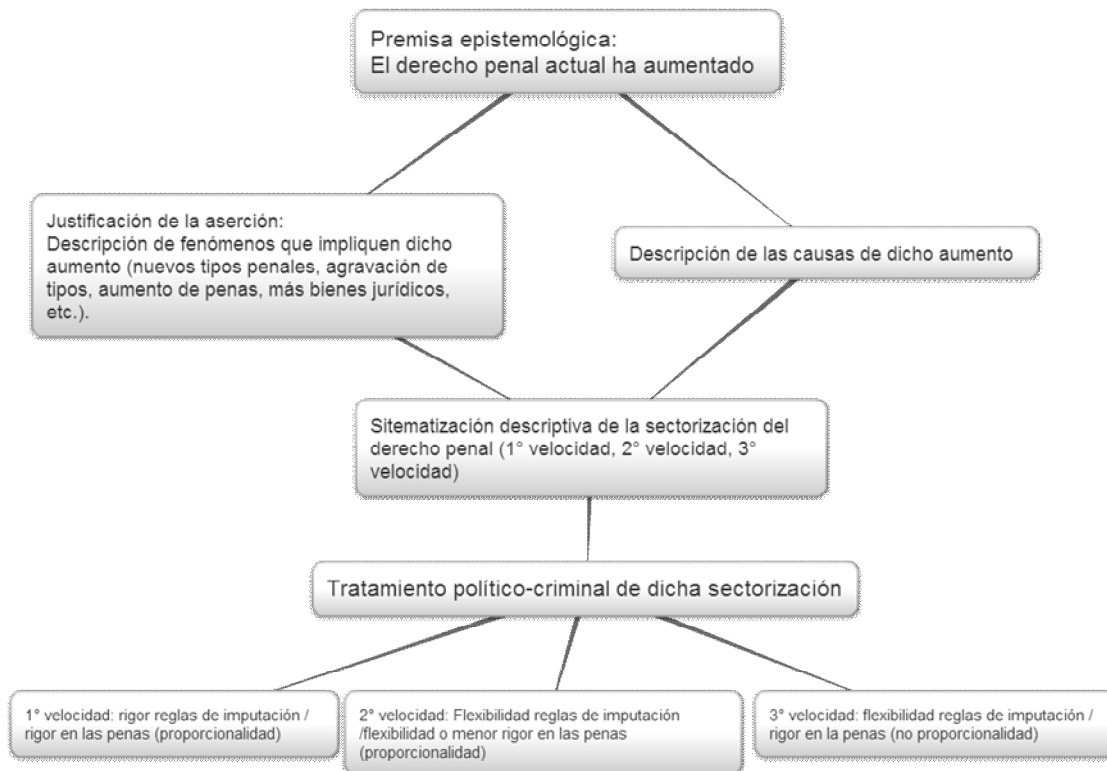
<sup>306</sup> Ibid., p. 182.

<sup>307</sup> Ibid., pp. 182-183.

<sup>308</sup> Ibid., p. 183.

<sup>309</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), pp. 4-5.





Por su parte, de los análisis vertidos por la doctrina -tanto de los aquí expuestos como de otros más breves y puntuales<sup>310</sup>-, se pueden inferir algunas cuestiones en particular:

1. Ninguno de los análisis descritos controvierte el hecho del aumento de legislación penal para los casos llamados por el modelo expansivo como 2° y 3° velocidad.

<sup>310</sup> Así, VAN WEEZEL, quien señala que la fórmula de SILVA SÁNCHEZ es más bien una conjetura política, y que no debería renunciarse que la ciencia ilustre de mejor forma el debate político (VAN WEEZEL, ALEX, "Recensión", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 197-206, p. 206). Esta crítica pareciera ir en la misma orientación, en todo caso, que BECK, que es base sociológica de la tesis expansiva de la primera edición respecto de la cual VAN WEEZEL critica, donde dicho autor propone un diálogo entre la racionalidad científica y la social (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, [trad. JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ, Mª ROSA BORRÁS], Paidós, Barcelona, 2001, pp. 38-40), pero bajo la salvedad que finalmente es el campo de la decisión política la que, a través de la acción, impulsa la toma inmediata de decisiones (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 58). Igualmente SANZ MORÁN, quien contradice la afirmación de SILVA SÁNCHEZ sobre el carácter "ucrónico" de un derecho penal liberal, el cual considera imprescindible frente al funcionalismo (pp. 194-195); lo mismo declara no compartir el juicio sobre la compatibilidad entre funcionalización y autorrestricción del Derecho penal (aunque no señala por qué no comparte esta compatibilidad), o señala como la referencia de SILVA SÁNCHEZ es a la relación entre garantías y la prisión, pero no en cuanto a otras penas, tales como el arresto de fin de semana o las penas privativas de derecho (SANZ MORAN, ÁNGEL JOSÉ, "Recensión", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 189-195, p. 195). ORTIZ QUIROGA y ARÉVALO observan como problema la rebaja de garantías penales respecto de la segunda velocidad, cuestión que "podría traducirse en un impacto importante acerca de su validez y legitimación" (ORTIZ QUIROGA, LUIS; ARÉVALO CUNICH, JAVIER, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013, p. 100).

2. Se utilizan de forma indistinta los términos “ley penal” o “legislación penal” y “derecho penal”.
3. La mayoría de las críticas están dirigidas primariamente a la cuestión político-criminal, esto es, a la propuesta de regulación y tratamiento del derecho penal.
  - a. En el rechazo o admisión de más de un orden de regulación penal (delitos del derecho penal nuclear; delitos socio-económicos; derecho penal del enemigo o de la seguridad) (MENDOZA BUERGO; MARTÍNEZ BUJAN; LAURENZO COPELLO; ABANTO; MIR; DÍEZ RIPOLLÉS).
  - b. En la exigencia de precisión en la determinación de bienes jurídicos y técnicas de tipificación para nuevos delitos (LAURENZO COPELLO, MÉNDEZ RODRÍGUEZ<sup>311</sup>).
4. Secundariamente las críticas se dirigen a aspectos metodológicos del modelo expansivo.
  - a. Como el fundar los órdenes de regulación de la expansión, en la proporcionalidad de la pena como única forma de contención del derecho penal, y no en otras formas distintas o en la proporcionalidad de los hechos disvaliosos (LAURENZO COPELLO, GARCÍA CAVERO).
  - b. Que un derecho penal socioeconómico no pueda tener como sanción de la prisión o formas de privación de libertad (MARTÍNEZ BUJAN; LAURENZO COPELLO; MILITELLO).
  - c. El que es la explicación que brinda el modelo expansivo es una simplificación del panorama del derecho penal moderno (MILITELLO).
  - d. Las causas de la segunda y tercera velocidad son diferentes, y no las mismas como pretende verlo el modelo expansivo (DÍEZ RIPOLLÉS).
5. Terciariamente, las críticas se dirigen a cuestiones de índole epistemológico.
  - a. El que la agresividad de la competencia es base del sistema capitalista, y de ahí que la violencia económica sea dependiente de este factor [la forma de configuración de las relaciones sociales condiciona la forma de observar el fenómeno] (MARTÍNEZ BUJAN; MIR).
  - b. La imagen sesgada que entregan los medios de comunicación [percepción] (LAURENZO COPELLO).

Se ha señalado como primarios, los cuestionamientos a la propuesta política-criminal, porque ellos son los que cualitativamente de modo mayoritario, se han hecho al modelo expansivo.

De ahí que se señalen como secundario y terciarios, las críticas metodológicas y epistemológicas respectivamente, como logra observarse.

En cuanto a la crítica epistemológica, ninguna de ella se dirige sobre la premisa epistemológica del modelo expansivo.

---

<sup>311</sup> No precisamente a propósito de “La Expansión”, pero si en relación a los fenómenos de nuevas formas de criminalidad. Vid. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Monografía, 1º edición, Servicio de Publicaciones “Facultad de derecho - Universidad de Complutense” y Centro de Estudios Judiciales-Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 42.

## CAPÍTULO II: LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA EL MODELO DE LA EXPANSIÓN

### IV. PROBLEMAS METODOLÓGICOS DEL CONCEPTO “EXPANSIÓN” DEL DERECHO PENAL

#### 1. EL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN” DEL DERECHO PENAL

En primer lugar, se hace necesario precisar el concepto de expansión, para poder determinar sus problemas metodológicos.

El término “expansión”, no guardaba mucha significación para el derecho penal, sino cuando SILVA SÁNCHEZ lo introduce dentro de su marco conceptual, y en respuesta a su marco teórico -como se pudo constatar en el estado de la cuestión, previamente examinado-, aunque ya existieren algunas referencias al término<sup>312</sup>, y aun en dirección de no diferentes análisis y consecuencias que el de SILVA SÁNCHEZ en la doctrina penal española por SÁEZ VALCÁRCEL<sup>313</sup>.

El concepto de “expansión del derecho penal”, o simplemente “expansión” -considerando ya el contexto<sup>314</sup>-, pareciera significar dos cosas: una, los fenómenos jurídico-penales que implicarían ampliación de las posibilidades penales de las legislaciones presentes<sup>315</sup>; dos, sumado a lo anterior, además las causas que producen dicha ampliación<sup>316</sup>. Clara está su referencia al primero de dichos significados.

En efecto, el concepto de *extensión* –en las categorizaciones entre *intensificación* y *extensión*<sup>317</sup>, sujeto a dicha calificación según las ampliaciones al pensamiento de

---

<sup>312</sup> Anteriormente referido en Alemania por KINDHÄUSER en su “Sicherheitsstrafrecht”, según la propia cita de SILVA SÁNCHEZ, como base terminológica (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), nota al pie 9, p. 18). De modo indirecto, FERRAJOLI, en referencia a la “expansión” anormal de bienes jurídicos de modo justificado (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Colección estructuras y procesos, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 473).

<sup>313</sup> En efecto, SÁEZ VALCÁRCEL, quien ya en 1989, en referencia a la legislación y al cambio en la política criminal en materia de drogas, lo denomina como “expansión” e “intensificación” del control penal (SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva”, p. 18), y en general a la política criminal planteada ante dicho problema como “política expansiva” (SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva”, p. 17). El mismo autor en 1996, quien refiriéndose a la izquierda política, y la relación entre demanda de criminalización y el incremento de tipos penales, señala lo que sigue: “movimientos alternativos que vinieron a confiar en el sistema penal y a propiciar su *expansión*” [el resaltado es nuestro] (SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, p. 6). Igualmente cuando señala: “La opción política, como se ha dicho, asumida por todos ha sido favorable a la *expansión* del sistema” [el resaltado es nuestro] (SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, p. 7).

<sup>314</sup> Y que será la referencia que utilizaremos de aquí en adelante.

<sup>315</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), pp. 4-5.

<sup>316</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>317</sup> Ambos términos, son de un modo u otro, reutilizados de los que la ciencia penal manejaba en la teoría del delito (En relación al concurso de delitos, Cfr. SANZ MORAN, ÁNGEL JOSÉ, *El concurso de delitos. Aspectos de política legislativa*, Universidad de Valladolid. Secretariado de publicaciones, Valladolid, 1986, pp. 130-131, p. 134, p. 137, p. 159; En relación al principio de proporcionalidad, Cfr. AGUADO CORREA, TERESA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, pp. 289-289), y aún esbozados en la misma discusión por otros penalistas españoles (Para el tema de la expansión, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, p. 427). Aunque su utilización terminológica proviene aún del mismo BECCARIA. Señala el lombardo, “No es lo *intenso* de la pena quien hace el mayor efecto sobre el ánimo de los hombres, sino su *extensión*” [el resaltado es nuestro] (BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (e), [trad. JUAN ANTONIO DE LAS CASAS], 1ª edición, 2ª reimpresión, Alianza Editorial, 2002, p. 83).

SILVA SÁNCHEZ<sup>318</sup>-, coincide en todas sus líneas con la definición de “expansión”, ya que la expansión fue primitivamente pensada –en la primera edición- para ser referida a lo que el término posterior de extensión da significación. Por ende *extensión*, habría de implicar sus fenómenos jurídico-penales descritos en las referencias a definición de su contenido, tales como “introducción nuevos tipos penales, así como agravación de los ya existentes (...) “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal penal (...) creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>319</sup>, la “expansión” de la pena privativa de libertad. La *intensificación*, en cambio, y fundado en razones de lógica, no incluiría aspectos de los antes mencionados, como el de la “introducción de nuevos tipos penales”, ni la “creación de nuevos “bienes jurídico-penales”, ya que se refiere a sectores tradicionales del derecho penal<sup>320</sup>. Con lo cual, y por exclusión, habría de referirse a las otras formas de manifestación de la señalada expansión. Así, y respecto a la reinterpretación de garantías, se produciría más bien hacia su restricción, *in malam partem*, tanto sustantivas como procesales, e incluso penitenciarias<sup>321</sup>, cuestión muy de la mano de la relativización de los principios político-criminales de garantía<sup>322</sup>. La ampliación de los espacios de riesgo, de toda forma en que sea el autor considerado un peligro<sup>323</sup>, donde se transfiere el riesgo del hecho al autor<sup>324</sup>. La flexibilización de las reglas de imputación, por ser éstas menos estrictas penal y procesalmente<sup>325</sup>. La pena privativa, sin duda, aumenta su coste penal, al ser usada abarcando mayores situaciones y por más tiempo<sup>326</sup>. Por lo demás, y según las ampliaciones al pensamiento de SILVA SÁNCHEZ, la intensificación se ha de referir a cierto tipo de criminalidad específica. En primer lugar, se encuentra la *criminalidad organizada y el terrorismo*<sup>327</sup> como “criminalidad grave colectiva”<sup>328</sup>, que “amenazan con

<sup>318</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", en ATELIER, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Colección Políticas de seguridad, Da Agra, Cándido; Domínguez, José Luis; García Amado, Juan Antonio; Hebberecht, Patrick; Recasens (ed.), Barcelona, 2003, pp. 113-135, p. 113.

<sup>319</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, pp. 4-5.

<sup>320</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", p. 113.

<sup>321</sup> Cuestión que sucede en el sinónimo conceptual de la intensificación, como lo es el Derecho penal del enemigo. Cfr. BASTIDA FREIXEDO, XACOBÉ, "Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo", p. 281.

<sup>322</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 183.

<sup>323</sup> "El fenómeno de la “criminalidad de masas” determina que el *otro* se muestre muchas veces precisamente, ante todo, como un *riesgo*, lo que constituye otra dimensión (no tecnológica) de nuestra “sociedad del riesgo” [las cursivas son del autor] (Ibíd., p. 19). = Ibíd., p. 185, para el enemigo en general.

<sup>324</sup> Neta es aquí la relación con el derecho penal del enemigo.

<sup>325</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 183 y p. 184.

<sup>326</sup> Ibíd., p. 183. Y para el derecho penal del enemigo, Cfr. BASTIDA FREIXEDO, XACOBÉ, "Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 277-304, p. 280.

<sup>327</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, pp. 183-184; SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", p. 113.

<sup>328</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", p. 114.

socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado<sup>329</sup> y donde “los mecanismos clásicos se presumían insuficientes para una reacción eficaz contra fenómenos delictivos que ponían en grave peligro las bases de la identidad estatal”<sup>330</sup>. En segundo lugar, se encuentra la “criminalidad grave individual”<sup>331</sup>, dentro de la cual se encuentra la delincuencia sexual violenta y reiterada<sup>332</sup>, y la violencia en el ámbito doméstico<sup>333</sup>. En tercer lugar, la que afecta a la delincuencia leve o “criminalidad leve reiterada”<sup>334</sup>, tal como la criminalidad de la marginalidad y de la inmigración traducida en la comisión de delitos patrimoniales de carácter leve<sup>335</sup>, o delincuencia patrimonial profesional<sup>336</sup>.

El segundo de los significados de la “expansión”, esto es a sus causas, pareciera ser incluido igualmente dentro del concepto “expansión”, ya que la referencia a la expansión como tendencia general de la legislación hacia su ampliación, se dirige a su vinculación con las necesidades actuales de tutela con base en un “discurso doctrinal e ideológico” dominante<sup>337</sup>, lo que involucraría sus causas.

De estas causas, SILVA SÁNCHEZ se hace cargo, señalando las que considera “algunas”<sup>338</sup> de ellas, pero que circunscribe a los cambios del modelo social de los últimos dos decenios<sup>339</sup>. Así, estos constituyan un “conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos” que producen un “cúmulo de efectos” que configuran lo que se denomina como expansión<sup>340</sup>. Por lo cual, la expansión así, sería el aumento de las posibilidades penales de las legislaciones, que tiene como causa la estructuración del modelo social de los últimos 20 años (contados hacia atrás desde la publicación, claro está).

Dentro de este modelo social como ya se dijo, SILVA SÁNCHEZ reconoce algunas causas que, circunscritas dentro del antedicho modelo social, originarían tal aumento. De forma resumida, puede expresarse la primera causa como los riesgos modernos o provenientes de una sociedad “postindustrial” en el sentido que la sociología del riesgo, y fundamentalmente como BECK lo formula, del cual se desprenden la “institucionalización de la inseguridad”<sup>341</sup>, “la sensación de inseguridad”<sup>342</sup>. La segunda de estas causas, la encuentra el autor en la configuración de sujetos pasivos. La tercera, el descrédito de otras instancias de protección. La cuarta de estas causas se encontraría en los gestores atípicos de la moral, para entender dentro de este concepto a la izquierda, sea en tanto científica como política, que en este último caso representaría a la actitud de la izquierda política<sup>343</sup>.

La propuesta de las “velocidades” de SILVA SÁNCHEZ, no pertenecen al concepto de expansión, sino más bien, al modelo explicativo general. Éste, es la propuesta político-

<sup>329</sup> Ibid., p. 184.

<sup>330</sup> Ibid., p. 113.

<sup>331</sup> Ibid., p. 114.

<sup>332</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, p. 184.

<sup>333</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, p. 113.

<sup>334</sup> Ibid., p. 114.

<sup>335</sup> Ibid., pp. 113-114.

<sup>336</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, p. 184.

<sup>337</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 6.

<sup>338</sup> Ibid., p. 11.

<sup>339</sup> Ibid., p. 7.

<sup>340</sup> Ibid., p. 131.

<sup>341</sup> Ibid., p. 15.

<sup>342</sup> Ibid., p. 20.

<sup>343</sup> Ibid., p. 69.

penal, una respuesta del derecho penal ante la expansión como fenómeno, de sectorizar el derecho penal de forma tripartita. Sin embargo, la propuesta sectorizada en las “velocidades”, y que representa la inferencia o conclusión político-criminal del análisis de causas y sus efectos jurídico-penales, si bien no pertenece al concepto, tiene repercusiones en la delimitación del concepto, como podremos constatar en este capítulo.

Todo lo dicho anteriormente (con exclusión de sus causas), y de forma gráfica, lo podemos expresar del siguiente modo:

	Sector de la criminalidad	Tratamiento dogmático y tendencia político-criminal	Solución o propuesta de <i>lege ferenda</i>
<b>Extensión</b>	Criminalidad socio-económica	<ul style="list-style-type: none"> <li>• introducción nuevos tipos penales</li> <li>• agravación de los ya existentes</li> <li>• “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal penal</li> <li>• creación de nuevos “bienes jurídico-penales”</li> <li>• ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes</li> <li>• flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía</li> <li>• la “expansión” de la pena privativa de libertad</li> </ul>	Segunda velocidad: flexibilización de las reglas de imputación y las garantías penales y penas pecuniarias
<b>Intensificación</b>	1. Criminalidad grave colectiva ( <i>criminalidad organizada y el terrorismo</i> )  2. Criminalidad grave individual (delincuencia sexual violenta y reiterada; violencia en el ámbito doméstico)  3. Criminalidad leve reiterada (delitos patrimoniales de carácter leve o profesional proveniente de la marginalidad y la inmigración)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• agravación de tipos ya existentes</li> <li>• “reinterpretación” de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y procesal penal</li> <li>• ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes</li> <li>• flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía</li> <li>• la “expansión” de la pena privativa de libertad</li> </ul>	Tercera velocidad: flexibilización de las reglas de imputación y las garantías penales y penas privativas de libertad

## 2. FALTA DE CAPACIDAD CRÍTICA DEL CONCEPTO “EXPANSIÓN”

Aunque si bien el método se acerca a la sociología jurídica, lo cierto es que la finalidad de la discusión del texto está orientada a la proposición de *lege ferenda*, y con ello, a la propuesta político-criminal del tratamiento de las tres velocidades. Es decir, metodológicamente la obra está desarrollada para la fundamentación de la propuesta político-criminal.

En efecto, “La expansión...”, no da lugar a interpretar el fenómeno, sino que el modelo se resuelve en una inferencia político-criminal –y de *lege ferenda*- pragmática y funcional (como sucede x, entonces se resuelve y), lo cual produce una clausura, que impide, dentro de dicho modelo, discusión sobre los fundamentos de los fenómenos. Dicho de otro modo, el modelo cierra el concepto limitándolo a su solo carácter descriptivo, lo cual tiene consecuencia en el concepto “expansión”, desproporcionándolo de cualquier carácter crítico al cerrarlo metodológicamente con la inferencia político-criminal de las “velocidades”. Aquel cierre metodológico, tiene dos consecuencias, una particular, y otra general; la primera, que el cierre metodológico produce un cierre semántico del concepto; la segunda, que el modelo y su concepto, antes que crítico, deviene meramente descriptivo.

El análisis inicial hace aparecer y aparentar el modelo como crítico, tal como lo observa GÓMEZ MARTÍN, donde desde el modelo expansivo parece surgir la necesidad de ser observado el fenómeno de la expansión como críticamente, para luego aceptarlo como un fenómeno social imparables<sup>344</sup>.

## 3. QUIEBRE TEÓRICO DE LA SEGUNDA EDICIÓN DE “LA EXPANSIÓN...” POR LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN”

Señala POPPER lo siguiente: “el sistema de que se trate tiene que estar formulado de un modo tan claro y definido que se reconozca con facilidad que cualquier supuesto nuevo es una modificación, y, por ello, una revisión del mismo”<sup>345</sup>. El sistema explicativo de “La Expansión”, cumple con este enunciado, desde que se expresa en términos científicamente clara su idea. Ello hizo posible su posterior revisión por el autor en la segunda edición al introducir novedades al modelo explicativo.

Sin embargo, y no obstante la referencia que hace SILVA SÁNCHEZ de la segunda edición de “La Expansión...” como “ampliamente coincidente con la primera edición”<sup>346</sup>, es un hecho denotado ya por la doctrina penal, que no son simples novedades de corte explicativo sin más, sino que ellas importan la existencia de una diferencia metodológica entre ambas ediciones, lo cual deriva de la ampliación del concepto de “expansión” refiriéndolo a otros significados, con lo que su patrimonio conceptual se aumentaba.

Es así como -y según se expresó en el estado de la cuestión previo- DÍEZ RIPOLLÉS, señala que la introducción de la que SILVA SÁNCHEZ terminológicamente

<sup>344</sup> GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 55-106, p. 79.

<sup>345</sup> POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, [trad. VÍCTOR SÁNCHEZ DE ZAVALA], Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 68.

<sup>346</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. XVI.

denomina como *intensificación*, es concebida por aquél como diametralmente opuesta a la *extensión*<sup>347</sup>, por el objeto en la criminalización que es muy diferente (el primero a las demandas de seguridad, y el segundo los delitos socioeconómicos), pese al intento del catalán de querer hacerlos responder causal e ideológicamente al mismo concepto<sup>348</sup>. Si seguimos esta línea de argumentación, las diferencias en los objetos de análisis, son así notables, cuestión que marcaría ya un primer punto de quiebre.

Es así como, la primera edición de la obra citada, tiene como objeto de análisis, fundamentalmente, los delitos socioeconómicos (*extensión*), que es el único objeto al cual hacer referencia el concepto “expansión”. El análisis así, se centra sobre un objeto teóricamente nuevo en materia delictiva, ya que constituye afectaciones que se diferencian de la criminalidad tradicional sostenida en el núcleo no sólo regulativo, sino histórico del derecho penal. En suma, nuevas formas de afectación de la mano de nuevas formas de criminalidad.

La segunda edición, en cambio, amplía el concepto de “expansión”, al introducir un objeto diferente, como lo es una criminalidad que se centra en delitos comunes (*intensificación*), que no representan nuevas afectaciones que supongan una modificación de la legislación penal ya sostenida históricamente, por la introducción de nuevas figuras ignotas al tiempo de la fundación de un supuesto derecho penal liberal. En estricto rigor, todas estas formas de criminalidad han históricamente estado presentes en la criminalidad de la modernidad, y consignadas típicamente en las legislaciones de ésta época. Por ende, no responden a nuevas formas –aunque sí de perspectiva dogmática, como la consideración del bien jurídico afectado igualmente como colectivo, o en la técnica de tipificación-, como notoriamente sí lo representarían los delitos socioeconómicos.

Pero sea tal vez más evidente esta ruptura, al observar su introducción y adaptación para la propuesta político-criminal de SILVA SÁNCHEZ. Ello porque la introducción de este objeto diferente, produce una consecuencia importantísima, a nivel de la propuesta político criminal que efectúa el catalán como consecuencia de su análisis sociológico-jurídico. Al incorporar un sector de la criminalidad nuevo para el análisis, conduce necesariamente, a su vez, a modificar la propuesta político criminal, debiendo pronunciarse sobre este nuevo sector que se está incluyendo de modo expreso. Es así como a la primera y segunda velocidad, SILVA SÁNCHEZ agrega una “tercera velocidad”<sup>349</sup>. Sin embargo tal incorporación, produce una ruptura metodológica importante.

En efecto, la primera edición tenía por fundamento la sociedad del riesgo y la nueva criminalidad surgida al alero de ella, junto a las razones político-criminales para su criminalización, que da origen al cuestionamiento de los delitos socioeconómicos. De ahí deriva como conclusión, el sistema dual de derecho penal, en dos velocidades, y propone ciertas correlaciones entre garantías/reglas de imputación y penas, que anteriormente ya había expresado en la idea de la “estrecha relación existente entre la gravedad de las consecuencias jurídicas de un sistema de ilícitos y el grado de intensidad de las garantías exigibles en el seno de dicho sistema”<sup>350</sup>.

Así, la premisa constructiva era la derivación de una correlación de proporcionalidad directa, donde, *si a penas más severas, mayores garantías y reglas de imputación, si a penas menos severas, garantías y reglas de imputación más laxas*. En

<sup>347</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, p. 72, nota al pie N ° 67.

<sup>348</sup> Ídem.

<sup>349</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 183 y ss.

<sup>350</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, p. 447.



este contexto, como la primera velocidad habría de mantener la pena de prisión, y por ende penas más severas, entonces habría de corresponderle, de acuerdo a esa correlación, reglas de imputación y garantías proporcionalmente equivalentes, esto es, maximizadas y rígidas.

Entendiendo eso, al aplicar la generalización que supone esta correlación a un segundo campo como lo es la “segunda velocidad”, y dado que SILVA SÁNCHEZ señala que frente a esta criminalidad se adoptan reglas de imputación y garantías más laxas, la consecuencia lógica entonces debería ser la suavidad de las penas, por su equivalencia proporcional directa con dichas reglas de imputación. En este nivel de inferencias, el sistema lógico deductivo es correcto, y hace coherente hasta aquí, el constructo teórico que surge de la propuesta político criminal.

En cambio, la segunda edición al introducir la tercera velocidad, rompe con la coherencia teórica hasta aquí demostrada. En efecto, la tercera velocidad plantea igual relación, pero correlacionados de forma totalmente diferente, ya que da lugar a la aplicación de penas más severas (prisión y hasta en extremas condiciones de imposición), frente a reglas de imputación y garantías laxas. Esto es, una proporcionalidad inversa.

El problema que surge aquí, es que en primer lugar, quiebra la correlación general hasta ahora mantenida en la primera edición, y en segundo lugar la quiebra, sin señalar argumentos convincentes a nivel lógico y científico, que llevarían a entender del por qué se produce una ruptura de la correlación, y la asunción de un nuevo sistema de interpretación teórico. Argumentos político-criminales son bastante insuficientes para este nivel, ya que una ruptura de este vuelo, debe necesariamente justificarse a nivel científico y teórico.

Esta cuestión repercute finalmente, en las consecuencias político-criminales que se ven subvertidas de su propuesta original. En efecto, si el problema que visualiza SILVA SÁNCHEZ es la expansión de la pena privativa de libertad como problema realmente expansivo y a contener<sup>351</sup>, no se ve entonces como calza la proposición teórica de la segunda edición, y con la introducción más decidida del derecho penal del enemigo como tercera velocidad, ya que particularmente no se está conteniendo con aquel ninguna expansión de la privación de libertad, sino todo lo contrario.

Otro argumento que apoyaría nuestro aserto, son las similitudes entre el sistema dual de JAKOBS y el de SILVA SÁNCHEZ, tanto en el argumento de la no infiltración o no contaminación, como en el procedimiento para llevar a cabo dicho objeto, como lo es la separación de órdenes sectoriales del derecho penal.

En cuanto a lo primero, el modelo expansivo sostiene idéntico argumento por las consecuencias de la existencia del derecho penal del enemigo<sup>352</sup>, esto es, el peligro de contaminación del derecho penal nuclear, al abordar el derecho penal la delincuencia socio-económica con una relajación de las reglas de imputación y de garantías más laxas. Es así como señala SILVA SÁNCHEZ en la primera edición de “La expansión...”, lo siguiente: “es posible retomar el discurso desarrollado más arriba sobre la criminalidad de los poderosos *para constatar cómo la introducción en este punto de reformas contrarias a*

---

<sup>351</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), p. 117.

<sup>352</sup> Aunque la traducción habla de “infiltrar”. Vid. JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, [trad. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J; SUÁREZ GONZÁLEZ, MANUEL CANCIO MELIÁ,], UAM Ediciones, Editorial Civitas, Madrid, 1997 p. 323. Como “contaminación” CANCIO MELIÁ, MANUEL; FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar”, en JAKOBS, GÜNTHER, *La pena estatal: significado y finalidad*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1º ed, 2006, p. 72; CANCIO MELIÁ, MANUEL, “De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?” en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2º ed, 2006, pp. 85-152, nota al pie 57, p. 90.

las garantías tradicionales del Derecho penal redunda en su propia extensión a todo el conjunto del ordenamiento punitivo<sup>353</sup> [el resaltado es nuestro]. Y con posterioridad, en la segunda edición, tiene igual visión –un tanto más coincidente por la materia, con JAKOBS- respecto de la tercera velocidad, como una entre más razones de su adopción, “peligro de contaminación del <<Derecho penal de la normalidad>>”<sup>354</sup>.

En cuanto a la adopción de un procedimiento de separación, para el logro del objetivo de la no contaminación, primeramente el autor la percibe como la única medida posible<sup>355</sup>, estableciendo para ello dos órdenes, una donde se radique el derecho penal nuclear, y otro, que es la “segunda velocidad”, donde se radique un derecho penal de la criminalidad socioeconómica, del mismo modo que la propuesta de JAKOBS, al separar el Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrechts*) del Derecho penal del ciudadano (*Bürgerstrafrechts*)<sup>356</sup>.

La curiosidad de la similitud sólo es explicable por el previo conocimiento de las tesis de JAKOBS<sup>357</sup>. En este sentido, bien podría ser la tesis de la expansión de SILVA SÁNCHEZ, el traslado de la proposición de bipartición jurídico-penal jakobsiana, a la criminalidad surgida del riesgo o delitos socio-económicos de última actualidad. Así, mientras la tesis de JAKOBS exige una penalidad más severa para el Derecho Penal del Enemigo, SILVA SÁNCHEZ una menos severa para la criminalidad de los poderosos, en contraposición a un derecho penal del ciudadano, nuclear o general. Lo que parece extraño, en todo caso, es no haber hecho una referencia directa a la tesis de JAKOBS, sino en la segunda edición, tal vez por no presentar aún una posición frente a dicha tesis, bien, por encontrar distancias metodológicas al hilo tejido en y para la primera edición. Sin encontrar más argumentos que los inferidos del contexto de la publicación de ambas ediciones de “La expansión...” y de sus diferencias metodológicas, esta última opción nos parece la más acertada, dada a la coherencia sistemática presentada en la primera edición, la cual se vería traicionada intelectualmente si sólo fuere la primera opción la correcta. Si es así, confirma nuestra hipótesis, porque la propuesta de la tercera velocidad, traería ya consigo una desarticulación metodológica de la postura inicial.

Pese a que las dificultades de desarticulación, podrían verse atenuadas con las ampliaciones posteriores al pensamiento de SILVA SÁNCHEZ -que si bien precisan el ámbito sistematizador y terminológico con mayor acicate-, no resuelven la contradicción ni la desarticulación teórica que se produjo con la segunda edición.

De ahí que, según nuestra opinión, al ampliar el concepto de “expansión” con los nuevos objetos ya señalados dentro del patrimonio conceptual, se produce un quiebre profundo en el constructo teórico a tal nivel, que ya dicho constructo sostenido en la

---

<sup>353</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), pp. 53-54.

<sup>354</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. 187.

<sup>355</sup> “Sólo una firme persistencia en la necesidad de mantener escrupulosamente las garantías político-criminales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de imputación también en la lucha contra la «antipática» o incluso «odiosa» macrocriminalidad podría evitar uno de los elementos determinantes en mayor medida de la «expansión» del Derecho penal. Pero no parece que la tendencia apunte en tal sentido” (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), p. 54).

<sup>356</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, pp. 322-323.

<sup>357</sup> Esto se ve ampliamente confirmado por las propias referencias de la primera edición de “La expansión...” al derecho penal del enemigo, tales como la nota al pie N.º 57, p. 42, ó p. 48. Esta última señala: “mi opinión es que logrará mantener tal eficacia precisamente en tanto en cuanto se mantenga público, formalizado, en la medida en que el poder judicial mantenga una distancia respecto a las tensiones sociales, en tanto se respete un conjunto de principios generales que lo alejen de una aplicación arbitraria, en la medida en que el Derecho penal sea un derecho penal de ciudadanos (*Bürgerstrafrecht*) y no un derecho penal de enemigos (*Feindstrafrecht*)” [el resaltado es nuestro].

primera edición, no pase de ser en la segunda edición, de una muy argumentada pero simple toma de postura.

Esto repercute en el concepto mismo de la “expansión”, ya que no sólo sus objetos de análisis son contrapuestos, sino que además, no existe una línea coherente para la conclusión político criminal desde el concepto. El concepto queda en entredicho, por la heterogeneidad de elementos que lo construyen, en cuanto objetos en la demanda de criminalización, y por las consecuencias lógicamente contrapuestas, que se derivarían metodológicamente de su construcción.

## V. PROBLEMAS CON EL FUNDAMENTO METODOLÓGICO DEL MODELO DE LA “EXPANSIÓN”: LA TEORÍA DEL RIESGO DE BECK

Es sabido que el fundamento principal para el análisis de causas de “La expansión...” –y de mayor relevancia como señala LAURENZO COPELLO<sup>358</sup>- y que deriva en su propuesta político-criminal de la primera edición de “La expansión...”, es la tesis de BECK sobre la sociedad del riesgo, que básicamente se encuentra en su libro homónimo<sup>359</sup> *Risikogesellschaft. Auf dem weg in eine andere moderne*<sup>360</sup>, fundamento que mantiene en la segunda edición de “La expansión...”<sup>361</sup>.

Críticas a la construcción teórica de BECK daría lugar a una monografía entera, por lo que solo nos concentraremos en aquellas que nos parecen más relevantes según nuestro estudio, y que se relacionen a “La expansión...”.

Consideremos de base que su obra en lo que toca a los temas del riesgo, es una descripción o lectura de la realidad social, o que al menos, pretende serlo. Sin embargo, los textos se convierten muchas veces en discursos (sino en todos), donde por ende sus significantes pueden ser interpretados según su propia dirección y con cierta independencia de sus significados, cuestión largamente expresada tanto por FOUCAULT como por la reconstrucción derridiana.

En base a ello, el texto de BECK produce ciertas consecuencias discursivas que hemos podido inferir, y que afectan de algún modo las interpretaciones basadas en su constructo.

### a. Desplazamiento del problema de los efectos de la producción el capital por la temática del riesgo

Al situar como central el tema del riesgo, se desplazan problemas que lejos de ser tribulaciones de una modernidad anterior a la así llamada “modernidad reflexiva” por BECK, son problemas demasiado actuales, o mejor dicho, no han perdido su vigencia, ello porque aquello que le da sustento no ha dejado de desaparecer: un sistema basado en el capital con un reparto de desigualdad económica y social importante.

<sup>358</sup> LAURENZO COPELLO, PATRICIA, “Recensión”, p. 213.

<sup>359</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (1ª edición), p. 21.

<sup>360</sup> Aunque si bien complementan la concepción de BECK sus libros “World Risk Society” (“La sociedad del riesgo global”) y “Gegengifte. Die organisierte unverantwortlichkeit” (“Políticas ecológicas en la edad del riesgo”).

<sup>361</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. XV.

Esto de algún modo es confirmado expresamente por BECK, cuando desestima la relación capital/desigualdad social como preocupación central respecto del discurso del riesgo, reemplazándola por la relación riesgo/reflexividad social, sosteniéndola como núcleo de la preocupación social central que define la sociedad del riesgo propia de la modernidad reflexiva.

Existen muchos temas expuestos por el modelo del riesgo que pueden ser perfectamente tangentes a esta idea que es nuclear en la producción discursiva del tema del riesgo.

Ello trae como consecuencia que los problemas del capital antes expresados, se invisibilizan, al situar el tema del riesgo como principal frente a la visión del intérprete, y oculta las verdaderas preguntas tales como y por ejemplo, ¿cuál es la razón que las industrias superen los estándares normativos internos de los países en materia medioambiental?, ¿cuál es la razón que industrias multinacionales puedan repartir riesgos industriales sin limitaciones normativas ni internas ni externas?

## **b. Carencia de materialidad: invisibilidad de las fuentes del riesgo**

Expresa BECK que en las “sociedades modernas reflexivas”<sup>362</sup>, en tanto sociedades industriales del riesgo –más que postindustriales, como señala SILVA SÁNCHEZ<sup>363</sup>-, existe un desfase entre la producción de riesgos y las instituciones de control, con inclinación sobre las primeras antes que las segundas<sup>364</sup>, que se constituye finalmente en una relación desigual, y dependiente las últimas del riesgo. El concepto de riesgo sería una definición social<sup>365</sup>, por el carácter general de su reconocimiento social<sup>366</sup>.

Pese al anclaje histórico que BECK le proporciona a la idea del riesgo<sup>367</sup>, se reconoce por él mismo la debilidad del concepto<sup>368</sup>. Esto porque, es más bien valorado para la precisión del concepto, no los hechos específicos en los que podría fundarse, sino más bien, la percepción que de ellos se hace. Como las fuentes de peligro producen

---

<sup>362</sup> Nomenclatura utilizada por ULRICH BECK y ANTHONY GIDDENS. Cfr. BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*.

<sup>363</sup> Que ya parece equívoco, puesto que al mismo BECK le parece errónea la denominación de postindustrial, entendiendo por ésta más bien una sociedad basada en los servicios (Cfr. Pass. BECK, ULRICH, “Teoría de la modernización reflexiva”, en ANTROPHOS, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, [trad. BERIAIN, JOSETXO], Giddens, Anthony; Bauman, Zigmunt; Luhmann, Niklas; Bech, Ulrich, Barcelona, 1º ed, 1996, Cap. 7, pp. 223-265, pp. 223-265), y tal como señala GONZÁLEZ GARCÍA, la utilización de algunos postmodernos quienes utilizan la sociedad del riesgo del germano “a guisa de banderín”, denotan ignorancia dado a que la sociedad del riesgo es contraria a la “retórica postmoderna” y dirigida a la construcción de una nueva modernidad (GONZÁLEZ GARCÍA, JOSÉ MARÍA, “El regreso de la diosa Fortuna en la “sociedad del riesgo””, *Contrastes: Revista interdisciplinar de filosofía*, Nº 2, 1997, pp. 129-143, p. 131).

<sup>364</sup> Según se desprende de la propia definición de BECK sobre la sociedad de riesgo: “una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que a través de la dinámica de cambio la producción de riesgos políticos, ecológicos e individuales escapa, cada vez en mayor proporción, a las instituciones de control y protección de la mentada sociedad industrial” (BECK, ULRICH, “Teoría de la sociedad del riesgo”, en ANTROPHOS, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, [trad. BERIAIN, JOSETXO], GIDDENS, ANTHONY; BAUMAN, ZIGMUNT; LUHMANN, NIKLAS; BECH, ULRICH, Barcelona, 1º ed, 1996, Cap. 6, pp. 201-222, p. 201).

<sup>365</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 28, N º 1.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 29, N º 5.

<sup>367</sup> Ya que para BECK, Chernobil sería el punto de partida, el cual marcaría el inicio de la sociedad del riesgo (*Ibid.*, p. 11; BECK, ULRICH, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, [trad. MARTIN STEINMETZ], 1º edición, El Roure, Barcelona, 1988, p. 12), considerada como una “fractura dentro de la modernidad” (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 16), modernidad que en todo caso, para BECK no desaparece con la sociedad del riesgo, más aún, afirma su continuidad (*Idem*)

<sup>368</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 28, N º 1.

sustancias nocivas que son invisibles, se deriva entonces que el riesgo de éstas es a su vez invisible<sup>369</sup>, separando así el mundo de lo visible e invisible<sup>370</sup>. Sobre esta invisibilidad del riesgo, se posiciona entonces la percepción del riesgo<sup>371</sup>.

Menciona así a dicho riesgo como socialmente "real", pero no por eso deja de ser, como él mismo dice, un hecho "a la expectativa"<sup>372</sup> o una percepción social<sup>373</sup>. La realidad, en este estado de cosas, es finamente la percepción del riesgo, porque ya para BECK, riesgo y percepción son una misma cosa<sup>374</sup>.

Como siempre se vive en la realidad del riesgo, entonces siempre se vive en un estado de excepción constante<sup>375</sup>.

Es así como, y según nosotros, el concepto de riesgo desde la visión de BECK, representa pura inmaterialidad.

Si se toma en consideración el contenido del riesgo mismo, en tanto concepto, lo sustrae de la realidad material para fundarlo en la percepción con significado en la realidad social, con lo cual el riesgo se expresa por su inmaterialidad. Al ser expresado el riesgo como algo invisible, se produce la consecuencia de desarraigarlo de fundamentos materiales, de desproporcionarlo de racionalidad en su constitución, lo cual impide, la revisión crítica de los mismos. Esto produce una cierta "metafísica" respecto de la cual existe entonces un límite al entendimiento, que en vez de generar un concepto crítico por sí mismo. Esto denota una sociología de la superficie, más que de lo profundo, lo cual podría situar al riesgo, tal como señala GONZÁLEZ GARCÍA, en la creación de un nuevo mito<sup>376</sup>, y la transformación del hombre en –y como señala BRANDARIZ– una "incertidumbre biográfica"<sup>377</sup>.

Hay una cierta habilidad o inteligencia en la consecuencia dejada por el efecto de invisibilidad del riesgo, puesto que no se puede reclamar que es un elemento fuera de la realidad física, como los dioses, los entes o los espíritus. Son perfectamente corpóreos

---

<sup>369</sup> Ibid., p. 28. Así señala, por ejemplo, el que "los riesgos civilizatorios hoy se sustraen a la percepción y más bien residen en las fórmulas químico-físicas" (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 28).

<sup>370</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 82. Tal invisibilidad del riesgo, se traduce en para el autor, no pueden ser percibidos por los sentidos, y tal y como señala PRITTWITZ, "analizados superficialmente, resultan inofensivos" (PRITTWITZ, CORNELIUS, "Sociedad del riesgo y derecho penal", en FIGUEIREDO DIAS (DIR.), JORGE DE; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *El penalista liberal*, José Luis dePalma - Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Cap. 9, pp. 147-179.

p. 151). Ejemplo de ello son los agentes tóxicos, la radiación nuclear, las mutaciones genéticas. Estos sólo adquieren visibilidad por dos formas: primero, a través por los que BECK denomina los "órganos perceptivos de la ciencia" (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 33), los cuales son instrumentos técnico-científicos de medición que detecten los potenciales riegos y los agentes peligrosos; segundo, cuando los daños que, siendo originados por los riesgos industriales, producen un efectos dañoso, por ejemplo, en las repercusiones perjudiciales que a largo plazo, tienen resonancia en los seres humanos (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 33). En este último grupo, se encuentran los daños en los trabajadores, puesto que los riesgos se patentizan en daños más agudos, por la exposición a los agentes de riesgo, tales como fumigadores, pesticidas, etc. A esto hace referencia BECK cuando señala expresamente. "Para estos seres humanos – señala el autor-, las complejas instalaciones de las fábricas químicas, con sus imponentes tubos y contenedores, son los símbolos del éxito. Frente a ello, queda invisible la amenaza de muerte que estas instalaciones contienen" (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 48).

<sup>371</sup> Como señala BECK y define al riesgo, entre otras tantas definiciones, como "la versión categorial en que se captan socialmente las lesiones y destrucciones de la naturaleza immanente a la civilización" (Ibid., p. 89).

<sup>372</sup> Ibid., p. 58.

<sup>373</sup> Ibid., p. 66.

<sup>374</sup> Ibid., p. 62.

<sup>375</sup> Ibid., p. 30.

<sup>376</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, JOSÉ MARÍA, "El regreso de la diosa Fortuna en la "sociedad del riesgo"", p. 132.

<sup>377</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito", *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*. Tirant lo Blanch Valencia, 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011], p. 4.

los agentes que producirían dicho peligro, pero al centrar el debate en el miedo y la percepción del riesgo, aleja a un 'más allá' la explicación, lo que le da carácter socialmente inmaterial para ser fundamento, pero a la vez es un 'más allá del más acá' lo que hace que no se le pueda tratar de mito.

Esto tiene como consecuencia que no es el capital y su producción lo problemático, sino que son los riesgos que eventualmente dicha producción pueda causar, los cuales no son constantes sino eventuales, no son seguros sino probables, y donde lo verdaderamente complejo no es la producción sino más bien la percepción de estimar dicha producción probabilidad de riesgo. El problema así se desplaza de la producción a la percepción del peligro de dicha producción, y a dicho nuevo problema de la "modernidad reflexiva" se le desproporciona de elementos materiales con lo cual no se hace posible la crítica sobre su base.

Por otro lado, el riesgo adquiere socialmente un contenido conceptual lejano del original concepto manejado instrumentalmente por la ciencia y/o la técnica, como bien apunta DEL ROSAL, en cuanto para aquellos sectores es sinónimo de *probabilidad*, pero en lo político ha tomado el sentido de peligro.

Es así como DEL ROSAL señala:

"el concepto de riesgo, al irrumpir en la política, se ha transformado en un concepto cultural, que nada tiene que ver con cálculos probabilísticos, porque riesgo significa, ahora, peligro y un alto riesgo significa mucho peligro, perdiendo su connotación neutral originaria para ser identificado en términos negativos. El riesgo, ahora, es algo que hay que prevenir y neutralizar, no algo que hay que calcular y que da una base para actuar porque se asuman las cargas pero, también, se puedan alcanzar beneficios. El nuevo concepto de riesgo sirve ahora de soporte ideal, en el diálogo cultural sobre qué decisiones políticas tomar y cuáles rechazar en una sociedad, para invadir, rechazar la emigración, para conceder o negar autorizaciones, decisiones todas ellas que responden a demandas que necesitan el soporte de instituciones legales y judiciales. El concepto de riesgo se evoca, ahora, para referirse al peligro de recibir futuros daños por parte de las acciones de otros y se utiliza, por tanto, para justificar la protección de los individuos frente a esas posibles acciones"<sup>378</sup>.

Entendido así, los contenidos del concepto de riesgo se hacen inestables por la pérdida de sus significados originales los cuales poseen mayor materialidad en el contenido.

Para la criminalidad, esto sin duda trae sus propios problemas, ya que al no disponer de materialidad como fundamento de definición político-penal, tales fundamentos serían imprecisos para definir las conductas que serían constitutivas de delito.

El mismo SILVA SÁNCHEZ relaciona la existencia del miedo al riesgo como la percepción de lo imperceptible, con la sensación de inseguridad a la criminalidad<sup>379</sup> o el miedo al delito<sup>380</sup>, cuestión que provoca una demanda penal<sup>381</sup>. Es más, y en el hurto leve, si bien existen otras razones para entenderlo objeto del derecho penal y no de otros sectores posibles de regulación, como el derecho administrativo, es para el autor recién

---

<sup>378</sup> DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO, "¿Hacia el derecho penal de la postmodernidad?" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 11, 2009, [Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>], [fecha de visita: 27/05/2011], pp. 28-29.

<sup>379</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 29.

<sup>380</sup> *Ibíd.*, p. 30.

<sup>381</sup> *Ibíd.*, pp. 31-32.

citado la sensación de inseguridad por su efecto acumulativo el que aconsejaría su punición<sup>382</sup>.

### c. Reafirmación de razonamientos céntrico-dependientes: “efecto boomerang”

El “efecto boomerang”<sup>383</sup>, según BECK, es aquel se produce cuando los detentadores del capital y de los medios de producción, se ven igualmente afectados por los daños y costes en sus procesos de producción, en razón de los riesgos. Directamente derivado de los riesgos se encuentran, por ejemplo, la pérdida del valor de los terrenos por el riesgo a la contaminación ambiental, por la cercanía con cordones industriales que funcionan con agentes tóxicos, por cambios ecológicos que afectan consecuentemente la riqueza. A esto BECK llama “desvalorización y expropiaciones ecológicas”<sup>384</sup>. Todo esto, sin duda finalmente incide en la ganancia y el interés. Pero fuera de aquello, el fenómeno del riesgo igualmente repercute en la vida y salud de quienes se benefician con la producción. Ello ya que las industrias son trasladadas a los sectores del Tercer Mundo, donde, si bien abren fuentes laborales -que es lo que más ambicionaría el habitante de estos sectores-, genera situaciones de riesgo y daños a la salud por los agentes contaminantes<sup>385</sup>, con lo cual los comestibles como frutas y verduras, ya contaminados por las empresas de los países industrializados extranjeros en los países del Tercer Mundo, vuelven a aquellos a través de la importación<sup>386</sup>, y por ende y junto con ellos, los daños por riesgo. Con lo cual dichos riesgos (¿daños?) son devueltos desde las áreas periféricas de instalación industrial, hacia el centro. A esta “unidad del culpable y la víctima”<sup>387</sup>, es lo que llama BECK “efecto boomerang”.

Pero este aserto sólo puede ser cien por ciento posible en sociedades donde su definición es eminentemente industrial, cuestión que es posible encontrar en los llamados países del primer orden o primer mundo. En los países de la periferia, en cambio, la relación capital/desigualdad social, sigue siendo un problema de fuste y muy presente, donde junto al riesgo –y como apunta BECK- permanecen las desigualdades sociales<sup>388</sup>.

<sup>382</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión ", pp. 347-350. Si bien no podemos hablar propiamente de acumulación en el sentido delictivo, si podría estimarse que el concepto de acumulación está tomado por SILVA SÁNCHEZ, pero como efecto en la percepción de los sujetos, en la percepción de la inseguridad que causan los hechos en conjunto, por su consecuencia acumulativa.

<sup>383</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 29 y p. 43.

<sup>384</sup> *Ibíd.*, p. 44.

<sup>385</sup> *Ibíd.*, pp. 48-49.

<sup>386</sup> De ahí los incentivos que efectúan los Estados a las empresas, para invertir en sus países que no cuentan con una base industrializada, pero al costo de relajar u obstaculizar la normativa, por ejemplo, la normativa ambiental. Lógicamente los Estados están pensando en las soluciones cortoplacistas (descender los índices de cesantía, elevar los índices de crecimiento económico, disminuir el índice delincencial por la absorción de la población desocupada, repartición de la riqueza en la población asalariada, etc.), lo cual pasa por las estrategias gubernamentales para aumentar su popularidad, o a lo menos, disminuir el descontento ciudadano, y gobernar sin contrapeso, ni animadversión popular, en miras, entre otras cosas, a la preservación en el poder.

<sup>387</sup> BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, p. 44.

<sup>388</sup> “Sin la aplicación masiva de materiales químicos –señala BECK-, bajaría la producción de los campos y los insectos y el moho devorarían su ración. Con la química, los países pobres de la periferia pueden crear sus propias provisiones de alimentos, ganan un poco de independencia respecto de las metrópolis de poder del mundo industrializado. Las fábricas químicas establecidas en esos países fortalecen esta impresión de la independencia en la producción y respecto de las importaciones caras (...) En el caso de catástrofes, la jungla general de competencias y la situación de los intereses de los países pobres ofrecen buenas posibilidades para una política de minimización y encubrimiento que límite definitivamente las consecuencias

El discurso del riesgo es, en este nivel, un discurso más bien *céntrico*, si se considera un contexto de relaciones entre centro-periferia<sup>389</sup>, entre los países del primer mundo y los del tercer mundo, incluyendo todos aquellos señalados como “en vías de desarrollo”.

La preocupación sociológica por el tema del riesgo se produce en la medida en que el “centro” es fundamentalmente afectado por los daños provenientes de actividades riesgosas de la “periferia” o sectores dependientes, ya que de por sí, la metáfora del boomerang supone desde ya la existencia de relaciones centro-periferia (el boomerang lanzado desde un *centro* y alejándose de éste, regresa por las formas aerodinámicas del boomerang, al *centro* de lanzamiento), y puede constituir un reflejo de la preocupación que por el “centro”, se reproduce y se vislumbra en el discurso del riesgo.

Todo esto implica una cierta incapacidad del concepto de riesgo para su generalización, no necesariamente por que el riesgo en sí sea un fenómeno que no lo sea, sino más bien, que al ser probable una preocupación mirada desde el “centro”, restringe las posibilidades de apertura del concepto. Esto es así, porque sólo describe dentro del riesgo la situación desigualitaria de los países de la periferia como un factor sino multiplicador, de agravamiento o incidente en la producción del riesgo, pero no considera a aquélla como un factor que altere las interpretaciones sobre el riesgo, produciendo otra clase de significación<sup>390</sup>. Esto, puede modificar la discusión hacia otros derroteros, que lleguen incluso a desestimar el riesgo como fundamental, y se centre la discusión sobre la influencia de las desigualdades sociales de la “periferia” en el “centro”, y que a raíz de éstas, por ejemplo, la producción de riesgos se haga posible.

#### **d. El miedo al riesgo como base para la acción política**

Otra cuestión de contornos imprecisos, es el *miedo* como elemento de definición en el riesgo, como un concepto de constante uso por BECK para la construcción de su análisis<sup>391</sup>. De ahí acoge el término “comunidad del miedo” para referirse a las sociedades

---

devastadoras. Condiciones de producción ventajosas, liberadas de los deberes de la legitimación, atraen magnéticamente a los consorcios industriales y se vinculan en una mezcla explosiva (...) al interés de los países por superar la miseria material y mantener la autonomía estatal; *el demonio del hambre es combatido con el belcebú de la potenciación de los riesgos*. Industrias especialmente peligrosas son trasladadas a los países pobres de la periferia. A la pobreza del Tercer Mundo se añade el miedo al desencadenamiento de las fuerzas destructivas de la industria desarrollada del riesgo” [el destacado es del autor] (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, pp. 48-49).

<sup>389</sup> Concepto acuñado desde la “Teoría de la Dependencia” o también llamado “estructuralismo latinoamericano”, sobre todo el origen terminológico en el esquema de PREBISCH, y generalizado por los demás autores “dependentistas”, entre ellos BARAN, MARINI, DOS SANTOS, FALETTO, CARDOSO. Vid. SOTELO VALENCIA, ADRIAN, *La teoría de la dependencia en América Latina*, Tiempos Modernos, México D.F., 2005; SOTELO VALENCIA, ADRIAN, “Dependencia y sistema mundial: ¿convergencia o divergencia? contribución al debate sobre la teoría marxista de la dependencia en el Siglo XXI”, *Revista Da Sociedade Brasileira de Economia Política*, Río de Janeiro, 2005, [Disponible en <http://www.redem.buap.mx/pdf/adrian/adrian28.pdf>], [fecha de visita: 23/09/2010]. Modernamente VERNENGO, WALLERSTEIN y DUSSEL, éstos dos últimos exponiendo el esquema sintetizado entre teoría de la dependencia y sistema-mundo. Vid. DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación (en la edad de la globalización y de la exclusión)*, Colección estructuras y procesos, Filosofía, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

<sup>390</sup> Y en esto el “riesgo” como discusión central, en los países de la periferia, puede incluso ser *topológico*, ya que podría perfectamente servir para encubrir las disquisiciones sobre la producción industrial indiscriminada en estos países, y la participación productiva de empresas y corporaciones de países del primer orden en la depauperación económica de los países, y su consiguiente explotación a gran escala.

<sup>391</sup> La seguidilla de ejemplos que utiliza BECK en su concepción sobre el riesgo, acudiendo al temor y a los resultados dañinos, catastróficos y aún apocalípticos, son innumerables. Baste comprobar no sólo la serie de



del riesgo, para significar como éstas tienen como base al miedo para sus definiciones sociales. Desde ese piso de ser “comunidad del miedo”, de compartir ese miedo ante las fuentes de peligro, es que surge la solidaridad que se transforma en fuerza política<sup>392</sup>.

De ahí surge la admonición de BECK para tomar acciones decididas en pro de políticas ante el riesgo, antes que adquirir conciencia de ellas<sup>393</sup>, con lo que pretende en sus propias palabras de invertir la máxima marxista de la “conciencia-acción”, esto es, primero tomar conciencia, y luego vendría la acción a raíz de esa conciencia. Para BECK antes que todo, se debe tomar acción sobre los riesgos. De ahí que acoge una suerte de regla, según la cual, mientras mayor sea la amenaza futura, mayor debería ser la acción social y política a tomar para contrarrestarla<sup>394</sup>. Es a esto que BECK denomina “causa” o “variable proyectada”<sup>395</sup>.

Esta idea de la acción por sobre la conciencia, nos merece algunas críticas.

Para comenzar, el fundamento desde el cual se parte para acciones políticas, es impreciso para poder definir qué acciones en concreto tomar y en relación a qué de modo específico, ya que las acciones pueden o ser insuficientes o desmedidas si se actúa bajo la base de ese miedo. Fundar decisiones políticas en percepciones y más en percepciones que justamente haya de ser el miedo, pueden producir una “caza de brujas”, y ser a la vez fácilmente manipulable para lograr ciertos fines político-criminales en pro de determinados intereses o ideologías sostenidas. Se quita un piso racional desde donde adoptar a su vez, políticas racionales. Esto tendría pésimas consecuencias a nivel político-criminal y político-penal, donde estamos hablando de las reacciones que importan mayor gravedad en las respuestas.

Ahora, el anteponer la acción por sobre la conciencia, lleva justamente a reacciones sin mucho contenido racional. Visto de la penalidad nos aproxima a las reacciones informales y la venganza pública por ejemplo. ¿Quién asegura que la acción sin conciencia emprendida esté motivada desde la venganza para la confección de tipos penales y la clase de penas a adoptar? Pero por el contrario, quién nos asegura que las acciones sean insuficiente si son medidas por el miedo. Tal vez ese miedo no es el proporcional a la entidad del desvalor del injusto antijurídico, y conduzca a respuestas penales livianas.

Una postura como la que sostiene BECK como medidas de choque frente al miedo, sería una pésima aplicación del *primum vivere deinde philosophari* que entraña peligros inciertos, por la volatilidad del concepto de riesgo, lo que por ende conduce que al no poseer un contenido material de definiciones y al rezagar el proceso de adquisición de conciencia, el fundamento de las acciones se sitúa en un espacio de imprecisos contornos para la determinaciones de la acciones a tomar. En otras palabras, una política fundada en contenidos no racionales sino en percepciones –como se reconoce el riesgo por BECK–, corre el peligro de la indeterminación y el basarse en criterios altamente subjetivos.

---

frases utilizadas por éste, como “...la alarma social es enorme”(BECK, ULRICH, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, p. 10), sino el uso de una serie de vocativos que tienen un alto contenido emotivo y que se detallan como miedo, la alarma, o inseguridad.

<sup>392</sup> “La fuerza impulsora de la sociedad de clases –señala BECK– se puede resumir en la frase: ¡Tengo hambre! Por el contrario, el movimiento que se pone en marcha con la sociedad del riesgo se expresa en la frase: ¡Tengo miedo! En lugar de la *comunidad de la miseria* aparece la *comunidad del miedo*. En este sentido el tipo de la sociedad del riesgo marca una época social en la que la *solidaridad* surge *por miedo* y se convierte en una fuerza política” [resaltado del autor] (BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, pp. 55-56).

<sup>393</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>394</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>395</sup> *Ibíd.*, p. 40.

## VI. PROBLEMAS EN LA DESCRIPCIÓN CAUSAL DEL FENÓMENO DE LA EXPANSIÓN

### 1. RECORTE ESPACIO-TEMPORAL DEL FENÓMENO

SÁEZ VALCÁRCEL, y en relación al cambio de la política criminal española en materia de drogas, en la década del 80 del siglo pasado, responde a este proceso de ir desde la despenalización a la criminalización masiva de conductas, como la presión de la política transnacional de EUA a través de los foros internacionales, el cual ha uniformado y homogeneizado el discurso, y “militarizado” las terminologías<sup>396</sup>, a la que signa como “colonialismo cultural”<sup>397</sup>. Estas que son verdaderas leyes de emergencia que tomando carta de naturaleza devienen en normal<sup>398</sup>, con un objetivo de “expansión” e “intensificación” del control penal<sup>399</sup>, y/o política expansiva<sup>400</sup>, se debe entre otras causas, a las críticas de EUA a España, en relación diversos aspectos de política legislativa -entre ellos, al control de fronteras y trabas en la legislación de extradición-, lo que representaría un “mensaje simbólico” que obligaría a su consideración, a efectos del afán de plena integración comunitaria que se perseguía desde España<sup>401</sup>. Tales reformas, conducen a una exasperación punitiva o exasperación de los instrumentos penales<sup>402</sup>, que “al igual que en el terrorismo, la identificación entre política y moral altera las fuentes de legitimación del sistema punitivo, que se ve obligado a refugiarse en los sustantivo, en los viejos sistemas de la tradición penal autoritaria y en lo procesal a técnicas inquisitoriales y métodos de intervención más propios de la policía que de la Magistratura”<sup>403</sup>. Tales reformas no tendrían, según el autor, raigambre en razones de política criminal, sino en la coyuntura política nacional e internacional<sup>404</sup>.

Si bien SILVA SÁNCHEZ en “La expansión...”, señala a las causas que expresa de la expansión como “algunas”<sup>405</sup>, no es menos cierto que causas como las reseñadas por SÁEZ VALCÁRCEL, y aún signadas como “expansivas” ya en 1989 por el autor, presentan una importancia notable, y que podrían incluso cuestionar aspectos de la propia tesis de la expansión del catalán.

En efecto, el señalamiento de causa de SÁEZ VALCÁRCEL al fenómeno penal actual, es posteriormente desarrollado, y en algunos casos designado como “derecho penal imperial”<sup>406</sup>, fundamentado en la idea de imperio que presentaría en el hoy, y según

---

<sup>396</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva”, *Jueces para la democracia*, Nº 7, 1989, pp. 15-20, p. 18.

<sup>397</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>398</sup> *Ibíd.*, p. 19.

<sup>399</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>400</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>401</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>402</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>403</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>404</sup> *Ídem.*

<sup>405</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 11.

<sup>406</sup> PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “La configuración del “Homo sacer” como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Fernando Pérez Álvarez (coord.), 2004, pp. 1401-1424, p. 1401.

ciertas visiones, la política internacional de EUA<sup>407</sup>, y que tendría radical importancia en los procesos de producción y aumentos en la penalidad actual<sup>408</sup>.

Ahora, de ser cierto lo anterior, el cuestionamiento que se podría provocar a la tesis del catalán, se expresa en dos aspectos.

Primero: SILVA SÁNCHEZ hace arrancar las causas en el modelo social de los últimos 20 años de la época de “La expansión...”. Sin embargo, causas como la señalada por SÁEZ VALCÁRCEL, son reflejo no necesariamente del modelo social de dicho período, sino que dice relación con un período aún más extenso, y que nace de algún modo, del período de postguerra, donde las políticas impositivas de tinte imperial, se producían entre las llamadas “potencias” que se encontraban en plena guerra fría, cuestión que sitúa luego a EUA como dominador único de posiciones políticas y estratégicas. Todo ello, responde a un período un tanto más extenso, y que responde no probablemente al modelo social de los 20 últimos años (desde la redacción de “La expansión...”)-si de intervención de EUA se refiere-, sino los últimos 50 años, con lo que incluyéndolos, denota un período de mayor aliento.

Segundo: las causas señaladas por SILVA SÁNCHEZ responden, hasta cierto punto, de antecedentes más bien no intencionales –o al menos no expuesto de ese modo- en la conformación tanto del modelo social, como de la producción política criminal, a diferencia de la intervención “colonial” de EUA, donde siempre es intencional, como intencionales son las modificaciones propiciadas (¿provocadas?) por ellos, tanto a nivel de política interna de los Estados influidos por su política internacional, como la política criminal de dichos Estados.

Siendo así y debido a que el modelo explicativo de la expansión, se circunscribe fundamentalmente al modelo social que arrancaría, desde la redacción de “La expansión...”, a los últimos 20 años, el análisis es reductivo en su apreciación temporal, lo cual conduce a considerar causas de corto aliento o coyunturales, y a desconsiderar causas de más largo aliento, y que probablemente presentan otros aspectos que pudiesen interpretar de mejor forma, los procesos de aumentos jurídico-penales. Ello no implica negar, por nuestra parte, el reconocimiento de diferencias, pero tampoco significa entender que cada diferencia denota el movimiento existente de un proceso que se produce históricamente, y al cual es necesario acudir para una interpretación de la totalidad. Todo esto produce, la carencia de elementos que podrían aportar una visión crítica sobre el problema; por una parte, al reducir el objeto de estudio, por minimizar los recursos disponibles para amplificar la visión del problema; por otra parte, al reducir las posibilidades interpretativas, por desconsiderar líneas continuas de tiempo en la historia, que entregarían una explicación secuenciada, arrojando los fundamentos de la construcción y constructividad del derecho penal. Al producir tal segmentación, ya el fundamento deja de ser la totalidad, y con ello se produce una desarticulación del conocimiento, en cuanto éste se hace fragmentario<sup>409</sup>.

Lo dicho puede fundarse aún más, en la tesis del “derecho penal del enemigo” como argumento a lo menos cuestionado para afirmar la temporalidad de causas.

Las relaciones entre expansión y derecho penal del enemigo son evidentes, si se entiende éste integrado en el concepto de *intensificación*, como SILVA SÁNCHEZ lo

---

<sup>407</sup> Vid. NEGRI, ANTONIO; HARDT, MICHAEL, *El trabajo de Dionisos*, [trad. Sánchez Cedillo], Akal, Madrid, 2003; NEGRI, ANTONIO; HARDT, MICHAEL, *Imperio*, [trad. ALCIRA BIXIO], Editorial Paidós, Barcelona, 2005; NEGRI, ANTONIO, *Movimientos en el imperio. Pasajes y paisajes*, [trad. REDILLA], Paidós, Barcelona, 2006.

<sup>408</sup> Vid. PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “La configuración del “Homo sacer” como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, p. 1409 y ss.

<sup>409</sup> ZEMELMAN, HUGO, *Voluntad de conocer: el sujeto y su pensamiento en el paradigma crítico*, Anthropos, México D.F., 2005, p. 73.

refiere de modo expreso<sup>410</sup>, y no existiendo mayores diferencias entre uno y otro como la doctrina penal ya lo señala<sup>411</sup>, produciéndose así, una vinculación interpretativa al alero del modelo expansivo. Por ende y con lo cual, a las causas de la expansión, responde el derecho penal del enemigo por intermedio de la *intensificación*<sup>412</sup>.

Pero, ¿es posible señalar que el derecho penal del enemigo es un concepto entendido originalmente como dependiente en su origen en el modelo social de los últimos 20 años, o si se quiere ir más en detalle, encontrarse gestado desde la sociedad del riesgo?

En JAKOBS existen puntos en contradicción. En efecto, los señalamientos hechos por el llamado “segundo JAKOBS”<sup>413</sup>, parecen temporalizar las causas del derecho penal del enemigo. Teniendo en mente una interpretación que aunara el derecho penal actual y el tiempo en el que se produce<sup>414</sup>, y para afirmar el aumento de enemigos antes que su disminución en la sociedad actual, señala como razones en *Dás Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart [Kommentar]* (“La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”), la ausencia de una religión estatal o familiar, el carácter incidental y no principal de la nacionalidad, y la pluralidad cultural, que contribuyen a forjar una identidad al margen del derecho<sup>415</sup>.

Sin embargo, existen dos cuestiones que se infieren tanto del llamado “primer JAKOBS”<sup>416</sup> como del segundo, que van en un sentido contrario a la temporalización. Es así como del segundo JAKOBS -especialmente en textos como *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (“Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”)<sup>417</sup> o *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (“¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”)-, existe una

<sup>410</sup> Ibid., p. 184.

<sup>411</sup> DIEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, p. 183.

<sup>412</sup> “El fenómeno de la “criminalidad de masas” determina que el *otro* se muestre muchas veces precisamente, ante todo, como un *riesgo*, lo que constituye otra dimensión (no tecnológica) de nuestra “sociedad del riesgo” [las cursivas son del autor] (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. 19).

<sup>413</sup> GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *El derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2007, p. 268 y ss.

<sup>414</sup> “necesidad y los límites de dichas normas para su tiempo y, en este sentido, sintetizar derecho penal y tiempo en un *mismo* concepto” (JAKOBS, GÜNTHER, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)”, en ESER, ALBIN; HASSEMER, WINFRIED; BURKHARDT, BJÖRN *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, [trad. TERESA MANSO PORTO], Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53-64, p. 53).

<sup>415</sup> “Una sociedad que ha perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado como de la familia, y en la cual la nacionalidad es entendida como una característica incidental, le concede al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos mas de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes. A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural. Un completo absurdo: o bien las diferentes culturas son simples adiciones a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multfolclore de una cultura, o bien -y esa es la variante peligrosa- las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos junto a los otros y, como cualquier instrumento, se abandona cuando ya no se necesita más. A quien esto le resulte exagerado, que se lea la *Carta sobre la tolerancia* de John Locke, quien, no sin fundamento, tenía fama de liberal” (Ibid., p. 60). Si las definiciones de JAKOBS de pluralidad cultural se basan en ese aserto, una definición tan simplista no hace sino manifestar desconocimiento real en la explicación de los fenómenos señalados bajo el rótulo de pluralidad o diversidad cultural, lo cual se presenta entonces como una explicación lineal, restringida, binaria, y casi, desde el punto de vista de las ciencias sociales, desinformada.

<sup>416</sup> GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *El derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas*, p. 268 y ss.

<sup>417</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2ª ed, 2006, pp. 21-56, pp. 36-41.

fundamentación en el pensamiento ilustrado para argumentar metodológicamente el derecho penal del enemigo, base que históricamente es bastante más lejana a la contingencia y causas de la sociedad actual, fuere ésta una sociedad del riesgo o postindustrial. Por su parte y a su vez, el primer JAKOBS confiere un punto de partida para el derecho penal del enemigo, en un sistema dogmático, y aún mejor normativo, que se encuentra ya incorporado con bastante anticipación a un modelo social de los últimos 20 ó 30 años, donde las normas que dan presupuesto al *Feindstrafrecht*, tienen una data bastante más alejada del origen de aquel modelo –como la falsificación de documentos [§267, StGB]<sup>418</sup>, tentativa de participación [§30, StGB]<sup>419</sup>, los delitos contra la seguridad del Estado, la constitución de asociaciones criminales o terroristas [§129-129a, StGB]<sup>420</sup>, etc.-, y respecto de las cuales, las causas enunciadas como tales para una sociedad del riesgo, no las fundamentarían ni originarían por su carácter pretérito<sup>421</sup>. El mismo JAKOBS, en "*Bürgerstrafrecht und...*", reconoce como los actos de preparación en la legislación penal alemana, fueron introducidos tras una reforma en 1876, y agravadas sus penas en 1943<sup>422</sup>, por lo cual "el delito contra la seguridad pública se convirtió en una verdadera punición de actos preparatorios, y *esta modificación no ha sido revocada hasta el día de hoy*"<sup>423</sup> [el resaltado es nuestro].

Y en general en la doctrina penal, el concepto derecho penal del enemigo lo refieren con cierta atemporalidad, o a lo menos, observada con cierta "continuidad histórica"<sup>424</sup>, con lo que le proporciona una data que superaría en antigüedad, la actual conformación de la sociedad moderna<sup>425</sup>.

<sup>418</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, p. 298.

<sup>419</sup> *Ibíd.*, p. 294 y p. 298.

<sup>420</sup> *Ibíd.*, p. 298.

<sup>421</sup> Así el § 27 VersammlG cuyo cuerpo data de 1953.

<sup>422</sup> JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 49. De igual forma referencia en JAKOBS, GÜNTHER, "¿Terroristas como personas en derecho?" en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2º ed, 2006, pp. 57-83, p. 61, incluyendo su nota al pie; y en JAKOBS, GÜNTHER, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurisdicción", pp. 110-111.

<sup>423</sup> JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", p. 49.

<sup>424</sup> AMBOS, KAI, "Derecho penal del enemigo", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 119-162, p. 150; APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 163-204, p. 183.

<sup>425</sup> Al señalar la existencia de derechos penales del enemigo en otras circunstancias históricas, tales como Sudamérica en la época colonial y portuguesa, u otros contextos temporales de modo general (AMBOS, KAI, "Derecho penal del enemigo", p. 148 y 150), y aún en Europa, donde siempre habría existido su cabida reflejada en la generación de legislaciones de emergencia (ASUA recordando, por ejemplo, los casos del terrorismo en Alemania, Italia y ETA en España. Cfr. ASUA BATARRITA, ADELA, "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas", y conductas periféricas", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 239-276, p. 250). APONTE, por ejemplo, en referencia del extranjero respecto de Alemania, señala: "Se trata de saber si el Derecho penal nazi, o el Derecho penal de la antigua DDR, constituyen una especie de irrupción irracional y desafortunada dentro de una tradición de Derecho penal ilustrado y liberal, o si por el contrario, con diferencias desde luego muy marcadas entre las dos experiencias, la ciencia del Derecho penal alemana puede permitir en un momento dado la irrupción de este tipo de regímenes. Cuando la ciencia del Derecho penal mira hacia la antigua República Democrática y observa allí porciones enteras de un derecho arbitrario, no está mirando un orden extraño: se mira a sí misma" (APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", pp. 183-184).

## 2. AMBIGÜEDAD EN LA UTILIZACIÓN DEL CONCEPTO “IZQUIERDA” Y SU PAPEL EN LA CRIMINALIZACIÓN

El concepto de “izquierda” es utilizado por SILVA SÁNCHEZ de forma profusa, y bajo determinados contextos de los cuales ya se hizo revisión en el estado de la cuestión de este trabajo.

Recordemos que su función dentro del texto era atribuirle a aquélla la demanda de criminalización de la “era postindustrial”, que en casos como la delincuencia socioeconómica o “extensión” -según su propio argot-, asumían el rol de “gestores atípicos de la moral”<sup>426</sup>, dentro de los cuales era posible encontrar a “asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos (...), pacifistas (...), antidiscriminatorias”<sup>427</sup>; y que en los casos de la delincuencia a la que SILVA SÁNCHEZ denomina como “intensificación”, vendrían a apoyarla en conjunto con la derecha<sup>428</sup>, a diferencia de lo que sucedía en su momento con el movimiento en EUA denominado “ley y orden”.

El autor echa mano de un concepto que no está precisado metodológicamente. No existe un punto de partida desde donde se diga cuál es el significado del término “izquierda” al que hace referencia. Y esto no es un tema baladí, como se expresará.

GUSTAVO BUENO, aclara que el concepto de izquierda (igual que el de derecha) es confuso y puede llegar a ser borroso, en cuanto tiene una distinción múltiple, y que dichas distinciones no son complementarias sino hasta incompatibles. Además dicha confusión no se aclara por “extensión” ni “intensión”; ni por un ‘campo de conceptos’ especificado, donde se encuentre el concepto *izquierda*; ni claro para el campo de las categorías políticas, donde no sabemos “¿qué alcance puede tener hablar étic de la «oposición de izquierda» (Trotsky, Preobazhenski) en la Unión Soviética de la época de Stalin, a quien habría que situar por el «automatismo posicional» en la derecha? O refiriéndonos a los Estados Unidos ¿qué alcance puede tener clasificar al partido republicano como partido de derecha y al partido demócrata como partido de izquierda?”<sup>429</sup>. Finalmente el autor parece establecer una sistematización para hacer diferenciaciones dentro del concepto de izquierda según encuentren parámetro en el Estado o no, como “izquierdas definidas” e “izquierdas indefinidas”, respectivamente, teniendo la primera seis generaciones de conceptos de izquierda distintos<sup>430</sup>.

GRAÍÑO pretende definir la izquierda desde un concepto filosófico-político y no histórico-político, entendiendo que la que se autodenomina izquierda al tiempo de su escrito, nunca podría ser congruente con un concepto filosófico-político. El autor plantea que existe una nueva izquierda a partir de la introducción de las filosofías postmodernas y del protagonismo del “clivaje” cultural por sobre el económico, que terminaron por desdibujar la izquierda tradicional donde, y por ejemplo, se buscaba por ésta la universalidad, en cambio la nueva izquierda persigue los relativismos culturales; o mientras la izquierda era antitradicionalista, la nueva izquierda es respetuosa de las tradiciones.

“Ver al PP defender la nación de ciudadanos –señala GRAÍÑO- y al PSOE las naciones culturales periféricas nos pueden hacer una idea de la actual desorientación ideológica y

<sup>426</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. 64.

<sup>427</sup> *Ibíd.*, p. 66.

<sup>428</sup> *Ibíd.*, pp. 9-10.

<sup>429</sup> BUENO, GUSTAVO, “En torno al concepto de *izquierda política*”, *El Basilisco* (Oviedo), Nº 29, 2001, I, § 4, <http://www.filosofia.org/rev/bas/bas22901.htm>, fecha de acceso: 24/08/2014.

<sup>430</sup> Vid. BUENO, GUSTAVO, *El mito de la Izquierda*, 5ta edición, Ediciones B, Barcelona, 2003.

del desfase conceptual de la escala izquierda-derecha. O mejor, ver a una gran mayoría de la sociedad catalana como ampliamente progresista en términos morales, pero en el más radical de los nacionalismos culturales. Es decir: estar, por ejemplo, a favor del matrimonio homosexual, por un lado, y defender como anterior y primigenia la lengua catalana, por otro, son dos formas radicalmente distintas e incongruentes de relacionarse con el pasado y la tradición. Homosexualidad que, por cierto, en el caso masculino, fue vista por el buen pueblo como un vicio aristócrata de individuos finos y desnaturalizados por su falta de contacto con el esfuerzo y el trabajo real”<sup>431</sup>.

Encontrando que la nueva izquierda es un “error incoherente”, entiende que no debería existir más<sup>432</sup>.

Para HUERGA, la realidad política actual de los grupos de izquierda se manifiesta de tres modos:

- “1.- Grupos que renuncian a una plataforma política (ONGs, etc): internacionalismo de izquierdas.
- 2.- Grupos que mediante la destrucción del estado buscan configurar plataformas estatales en donde sus proyectos políticos puedan hacerse realidad: Nacionalismos de izquierdas.
- 3.- Este tercer momento es contradictorio, pues trata de los grupos políticos que aspiran a la reorganización del estado, pero que han aceptado de hecho todas las exigencias para cumplir con el mantenimiento del estado tal como está, en sus estructuras básicas, económicas, políticas, nacionales e internacionales, Son los partidos políticos de izquierda, entre los que hay matices, pero sólo eso, matices”<sup>433</sup>.

LARRAÍN, por su parte, y comentando la postura de LACLAU y MOUFFE, señala:

“En las sociedades industriales avanzadas la creciente complejidad y diferenciación promueve nuevas formas de antagonismo por medio de las cuales varios movimientos sociales (feministas, ecologistas, antirracistas, antiarmas nucleares, etc.) cuestionan las relaciones de subordinación en una pluralidad de frentes. De acuerdo con Laclau y Mouffe, estos movimientos constituyen momentos de una “revolución democrática” que se profundiza y que amenaza la formación hegemónica de posguerra. Sin embargo, esto no significa que estas nuevas luchas son necesariamente progresistas y de izquierda. El feminismo, el ecologismo, el antirracismo [sic] y otros movimientos pueden ser reaccionarios o socialistas, libertarios o autoritarios, dependiendo de la manera en que el antagonismo es discursivamente construido. Reagan en Estados Unidos y Thatcher en Gran Bretaña ganaron amplio apoyo popular porque tuvieron éxito en articular algunas de estas formas de resistencia democrática contra la burocracia estatal con un proyecto básicamente anti-igualdad que contemplaba el desmantelamiento del Estado de bienestar y el debilitamiento de los sindicatos”<sup>434</sup>.

<sup>431</sup> GRAÍÑO FERRER, GUILLERMO, “De la izquierda clásica a la nueva izquierda: la cuestión de Occidente”, *Cuadernos de pensamiento político*, Faes, julio/septiembre, 2009, pp. 205-218, pp. 212-213.

<sup>432</sup> *Ibíd.*, p. 217. Dichas contradicciones lo lleva igualmente a considerarlas desde el plano ético para la nueva izquierda en comparación con la izquierda tradicional. Vid. GRAÍÑO FERRER, GUILLERMO, “La difícil fundamentación de la izquierda: vida, moral y naturaleza”, *Cuadernos de pensamiento político*, Faes, julio/septiembre, 2010, pp. 115-132.

<sup>433</sup> HUERGA MELCÓN, PABLO, “Apuntes para una reconstrucción materialista del concepto de izquierda política. (Materiales para el Debate en el seno de Izquierda Unida, Agrupación de Oviedo)”, *Nómaditas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 1, N°13, 2006, pp. 365-378, p. 377.

<sup>434</sup> LARRAÍN, JORGE, El concepto de ideología, Volumen 4: Postestructuralismo. Postmodernismo. Postmarxismo. LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010, p. 148.

Primero podemos comprobar a través de las opiniones de los autores que a lo menos el concepto de “izquierda” es altamente problemático y que reconocen que el concepto tradicional de izquierda, o si se quiere, el concepto de izquierda clásica, no tiene mucho que ver al actual, entendiendo que el fijar un contenido significativo para éste pugna con la multivocidad de su uso. Incluso, los objetos metodológicos a los cuales se los refiere con dicho concepto no siempre son los mismos. En cambio SILVA SÁNCHEZ despacha en menos de dos líneas el concepto de izquierda, y le atribuye a los objetos a los cuales se aplica, una consecuencia criminológica específica.

Respecto a los objetos metodológicos a los cuales habría de referirse el concepto, sus líneas de demarcación se encuentran difuminadas, lo cual se hace posible inferir cuando LARRAÍN habla sobre las “nuevas luchas”, las cuales no se encontrarían capturadas significativamente por un concepto de izquierda, siendo asumidas también por la derecha. Este carácter bisagra de estos grupos, hace que incluso BUENO sitúe a alguno de ellos decididamente a la derecha, como el nacional-bolchevismo, la teología de la Liberación, la izquierda aberchale (o abertzale) y el indigenismo<sup>435</sup>.

Los grupos de las “nuevas luchas” que menciona LARRAÍN y que estarían lejos de integrar al concepto, coinciden plenamente con los señalados por SILVA SÁNCHEZ como “izquierda”, como podemos denotar. La asimilación de la social-democracia como izquierda que cuestionaría BUENO como siempre equivalentes<sup>436</sup>, SILVA SÁNCHEZ la efectúa y asume sin problema.

En razón de este terreno conceptual de hielo frágil y que igualmente se da en otras realidades políticas<sup>437</sup>, se hace complicado si quiera el formular la idea que una demanda de criminalización provenga de la izquierda, con lo cual dicha afirmación cae sin contrapeso alguno, y ya ni siquiera habría que corroborar si los grupos aludidos propician o están de acuerdo en una criminalización determinada. Consideremos además que muchos de estos mal llamado grupos de izquierda son inorgánicos en su actuación, y que poco o nada podría decirse sobre una postura única y en bloque relativa a criminalización alguna.

---

<sup>435</sup> Vid. BUENO, GUSTAVO, *El mito de la izquierda*, pp. 298-302.

<sup>436</sup> BUENO, GUSTAVO, “En torno al concepto de *izquierda política*”: I-§ 5; III-§2, 14, 17, 19; Final-§3.

<sup>437</sup> En Chile, por ejemplo, MOULIAN, efectúa un análisis de la izquierda en su evolución en Chile: “Toda esta operación de resignificación del sistema impuesto por el autoritarismo, habría sido prácticamente imposible sin el concurso y la contribución de la izquierda electoralmente más poderosa. Pero, para que esto ocurriera, debió producirse un proceso de “derechización” de la izquierda. Esta característica podría parecer obvia, pero no lo es. En el período anterior de coaliciones amplias, entre 1938 y 1947, los partidos de izquierda no abandonaron ni su discurso marxista revolucionario ni sus finalidades socialistas de largo plazo. Solamente las articularon dentro de un discurso gradualista, donde el socialismo era conceptualizado, en clave evolucionista, como la resultante de la creciente modernización capitalista. La evolución del socialismo después del golpe militar de 1973 fue mucho más radical, representó un quiebre en la continuidad ideológica de la izquierda chilena. Por primera vez, desde los años treinta, aparece un tipo nuevo de izquierda. Las anteriores actuaban dentro del sistema, pero mantenían un discurso de superación del mismo sistema (tanto en lo político como en lo económico), a través de una teoría democrática radicalizada. El socialismo post-golpe evoluciona desde un marxismo renovado hasta una especie de social-liberalismo, dejando atrás el planteamiento de una alternativa socialdemócrata. Es una izquierda que ha sucumbido a las dos grandes tentaciones ideológicas del momento —la adoración “pagana” del mercado y el menosprecio de los papeles reguladores del Estado— y que, por tanto, fácilmente puede quedar posicionada a la derecha de la Democracia Cristiana en el campo doctrinario” (MOULIAN, TOMÁS, “Limitaciones de la transición a la democracia en Chile”, pp. 30-31)



## VII. EL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” COMO CONCEPTO INTEGRADO AL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN”, Y LA REPERCUSIÓN DE SUS PROBLEMAS METODOLÓGICOS EN EL MODELO EXPANSIVO

Como ya se dijo, la segunda edición de “La expansión...” introduce el “derecho penal del enemigo”, en tanto definido como *intensificación*. Esta introducción implica, que el concepto del derecho penal del enemigo es asimilado por el concepto de expansión, como así lo entiende también la doctrina penal<sup>438</sup>, con lo cual lo incorpora como un elemento definitorio de su entidad conceptual. Siendo así, no sólo sus bondades ingresan de lleno, sino igualmente sus paradojas y problemas. Los cuestionamientos de que puede ser objeto el derecho penal del enemigo, no dejan de serlo también, y por repercusión, en el concepto expansión de la segunda edición. Por ende, se hace necesario revisar no sólo el concepto del derecho penal del enemigo, sino las paradojas y perplejidades de las que sufre, sobre todo metodológicas, dado a nuestro examen central en este acápite, y que por consecuencia, producen crítica al concepto expansión que lo contiene.

Las líneas siguientes, entonces, estarán referidas a exponer brevemente, el concepto del derecho penal del enemigo inferido de las reflexiones de JAKOBS, sobre todo estableciendo una separación sistemática entre el llamado primer y segundo JAKOBS, para luego abordar el aspecto crítico de ambos aspectos, valorándolos de forma global.

### 1. EL PRIMER JAKOBS, O LAS REFLEXIONES A PARTIR DE KRIMINALISIERUNG IM VORFELD EINER RECHTSGUTSVERLETZUNG

El llamado primer JAKOBS<sup>439</sup>, expresa algo digno de hacer referencia y relacionado con lo dicho en su ponencia en Frankfurt en 1985, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung* (“Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”), posteriormente reducida a publicación<sup>440</sup>. Su análisis normativo en este caso, está referido de forma preferencial en aspectos sobre la consumación en relación a la formulación del tipo<sup>441</sup>. Ciertas disposiciones del StGB, difuminan los límites entre la preparación y la tentativa, lo que se considera peligroso en un ordenamiento de libertades<sup>442</sup> propio de Derechos penales no totalitarios, donde las *cogitationes* no son punibles<sup>443</sup>, disposiciones tales como el §30 sobre la tentativa de participación, y las que pueden relacionarse de la Parte Especial, como los delitos contra la seguridad del Estado,

<sup>438</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, “El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 799-844, p. 805 y ss.; GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 887-924, p. 897; GARCÍA CAVERO, PERCY, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?” en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 925-948, p. 927.

<sup>439</sup> GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *El derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas*, p. 268 y ss.

<sup>440</sup> ZStW, Nº 97, 1985, pp. 751-785, traducida e incorporada como “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” en JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, [trad. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J; SUÁREZ GONZÁLEZ, MANUEL CANCIO MELIÁ,], UAM Ediciones, Editorial Civitas, Madrid, 1997, en específico traducción ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, pp. 293-324, que será la versión citada aquí.

<sup>441</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, p. 293.

<sup>442</sup> *Ibíd.*, p. 296.

<sup>443</sup> *Ibíd.*, p. 294.

la constitución de asociaciones criminales o terroristas (§ 129-129a), y otros delitos a lo menos “sospechosos” de poder afectar la esfera civil interna del ciudadano<sup>444</sup>. Estas cuestiones, representan una punibilidad anticipada, sea por razones de “actividad policial encubierta”<sup>445</sup>, o bien, por causas engarfiadas en la intangibilidad de los bienes jurídicos como autoilimitado principio<sup>446</sup>, ya que desborda un derecho penal del ciudadano al hacer posible punir toda probabilidad peligrosa de ataque contra los bienes jurídicos, y con ello la anticipación de tutela hasta la esfera privada del ciudadano que, al traspasar la esfera jurídica del autor, se convertiría en un derecho penal del enemigo más que uno del ciudadano propio de un Estado de libertades<sup>447</sup>.

Mucho de esta esfera traspasada se debe a cuestiones como la vertiente subjetiva en el Derecho Penal, de la cual no se puede renegar, ya que aspectos como la culpabilidad no puede no entenderse sin esta vertiente<sup>448</sup>. Bajo este contexto donde la culpabilidad del autor es fundamento para la medición de la pena, lo objetivo se ve como no perteneciendo a dichos fundamentos, y más bien estimado como limitación a la culpabilidad, como injertado desde fuera, desde lo exterior. Bajo estos presupuestos la tentativa, si se sigue argumentalmente la interpretación del *Reichsgericht*, en cuanto punible como voluntad delictiva, se puede entender como dolo más una acción externa añadida de forma poco clara, con lo cual se renuncia de algún modo a una perturbación social perceptible, por lo que el problema del cuándo la acción externa es una acción socialmente relevante, queda relegada y casi desestimada para la comprensión de la tentativa, y considerara esta acción externa como el motivo extrínseco para considerar la vertiente subjetiva<sup>449</sup>. “[Esto] era –señala JAKOBS- una especie de privación de la ciudadanía al autor de la tentativa, pues éste quedaba etiquetado ante todo como un sistema con una vida interior peligrosa, concretamente como enemigo del bien jurídico”<sup>450</sup>.

Lo mismo para el caso del §100 StGB, donde el tipo se torna precario de contenido en la exigencia de la acción externa que, al igual que para el caso de la interpretación de la tentativa por el *Reichsgericht*, la punición se acerca más a lo interno, que a lo externo, cuestión que involucra los pensamientos, cuestión inaceptable en un Estado de libertades<sup>451</sup>.

Esto se extiende también a los delitos de peligro en los que existe sólo una tendencia a la realización de un daño –falso testimonio, perjurio, incendio edificios habitados-, o respecto de aquellos en que además queda recortada la perturbación externa –conducción en estado de embriaguez, cultivo de agente patógenos, tenencia de combustible nuclear- donde se quita la privacidad de una conducta que en otro caso sería un comportamiento interno<sup>452</sup>, aunque no por representar una anticipación de la punibilidad que contravenga las reglas generales pero sí por la “generalización de la efectividad externa a toda conducta de un determinado tipo”<sup>453</sup>. Y en otro sector donde sí existe una anticipación de la punibilidad que parece trasgredir las reglas generales, tales como la producción de armas de carga automática sin autorización, lo que centra la incriminación en la preparación del delito<sup>454</sup>.

---

<sup>444</sup> Ibid., p. 298.

<sup>445</sup> Ibid., p. 294.

<sup>446</sup> Ibid., pp. 294-295.

<sup>447</sup> Ibid., p. 295.

<sup>448</sup> Ibid., pp. 299-300.

<sup>449</sup> Ibid., p. 300.

<sup>450</sup> Ídem.

<sup>451</sup> Ibid., pp. 302-303.

<sup>452</sup> Ibid., pp. 308-309.

<sup>453</sup> Ibid., p. 309.

<sup>454</sup> Ibid., pp. 309-310.

¿Cómo se ha de situar el derecho penal ante cursos causales peligrosos a los que una conducta puede dar inicio, pero que aún no han sido proyectados? JAKOBS plantea que previamente se requiere justificar dos puntos: uno, cuándo se ha de responder, apartándose de las reglas generales, ante un comportamiento que entrañe un peligro futuro; dos, cómo se limita esta responsabilidad para no contravenir el principio del hecho. En el primer caso, plantea a su vez dos situaciones: En tanto sean determinados contactos sociales, el sujeto sólo puede aventurarse en la medida en que renuncie a un fragmento de su privacidad para permitir la comprobación pública de tal fragmento<sup>455</sup>. En tanto existen ciertos objetos que son instrumentos delictivos a los que privadamente no se tienen ni mantienen en situaciones normales, la probabilidad de ser ocupados delictivamente, constituiría un índice, como en los casos relativos a la Ley de armas<sup>456</sup>. En cuanto a lo segundo (limitación responsabilidad sin contravención al principio del hecho), si el fundamento de la responsabilidad ha de encontrarse únicamente en un injusto fundado sólo en la conducta abstractamente peligrosa, si bien se ven reducidos los ámbitos de privacidad del sujeto, no se ve afectado el principio de separar lo interno de lo externo, y por ende, los proyectos actuales del sujeto, porque se incrimina el aspecto externo de la conducta y no el interno<sup>457</sup>. De lo contrario, esto es de punir el aspecto interno, se conduce un derecho por la vía de penar no hechos sino autores, y por ende, enemigos<sup>458</sup>. Si existe un castigo de hechos futuros, como en el caso de la planificación delictiva, no podrían dejarse impune a la fuente de todos los peligros que proceden del ser humano, como son los pensamientos, ya que de aceptarse esta idea para algunos casos dentro de un sistema que rechazaría esta idea, tal conciliación sería resultado de una teoría insustancial<sup>459</sup>. Bajo este panorama una peligrosidad abstracta sólo ha de ser

<sup>455</sup> Ibid., p. 310.

<sup>456</sup> Ibid., pp. 310-311.

<sup>457</sup> Ibid., p. 311.

<sup>458</sup> Existen punto de encuentro entre esta fracción de la postura del primer JAKOBS y algunas formulaciones de VON LISZT, por ejemplo, había expresado, para los partidarios de la pena como retribución, la contradicción existente entre los criterios objetivos, como es la gravedad de la lesión de bienes jurídicos, y subjetivos, como lo es la dirección de la voluntad del autor, no sólo por la diferenciación propia, sino igualmente por la vaguedad del último criterio, por lo que se pregunta por este, “¿Se trata de la apreciación jurídica de la dirección de la voluntad en el momento del hecho? ¿Es un juicio de valor ético sobre el modo en que se expresa la voluntad o se alude a la forma permanente del carácter?”. Si bien esto lleva a preguntarse por lo que pena el derecho penal, si los hechos o el autor, señalando que la mayoría de los autores se inclinaban por la primera alternativa, cuestiones ya discutidas, es en su análisis donde nos ofrece similares perspectivas que las de JAKOBS. “No obstante –señala VON LISZT-, estamos convencidos de que, si se analiza la cuestión más de cerca, el juicio ético sobre la forma permanente en la que se expresa la voluntad es lo que decide la totalidad de una serie de cuestiones para la mayor parte de los partidarios de la Justicia proporcional”. Para ello expone el caso dogmático del delincuente habitual, respecto del cual los defensores de la retribución, por considerar la habitualidad del delincuente para efectos penales, supone considerar la adquisición de dicha habitualidad, y con ello, la forma permanente en que se expresa la voluntad o carácter, lo cual mira a un derecho penal de autor, finalmente, lo cual ya nos mueve en el mundo de la moral. “Tan pronto –sentencia VON LISZT- como nos hemos adentrado en el campo del juicio de valor moral, se nos ha desvanecido el terreno firme bajo nuestros pies” (VON LISZT, FRANZ, *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882*, [trad. CARLOS PÉREZ DEL VALLE], Colección Los Argonautas, Editorial Comares, Granada, 1995, pp. 76-77). Para este caso, lo ético y la penalidad del autor se encuentran conceptualmente unidas, y ya no sólo por el enjuiciamiento por la calidad del autor penalmente considerado como una valoración ética de peligroso acercamiento, sino además porque, si como cita a KANT, la moralidad de las acciones permanece oculta, cosa que no es posible profundizar, está considerando que los juicios éticos recaen igualmente sobre disposiciones de ánimo que pertenecen más al mundo de la moral, cuestión que es imposible determinar si la habitualidad, por ejemplo, condiciona la disposición actual de ánimo de un sujeto en la comisión de un hecho, y por ende, no debería ser evaluada o enjuiciada, ni considerada en esos términos, dentro del derecho penal, ya que de hacerlo se cae en el derecho penal de autor. Al vislumbrar esto VON LISZT, se acerca al mundo de la moral como *cogitaciones*, de imposible lectura, y que conduciría a un derecho penal del autor, cosa que establece un cruce coincidente con la postura del primer JAKOBS.

<sup>459</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, pp. 311-312.

entendida como punible en la medida de ser penada sólo la acción peligrosa, y no el contexto de los planes del sujeto, pues este último ya pertenece al fragmento de interioridad de aquel. Y puede existir que con el hecho de que la norma que se configure tras una peligrosidad abstracta, se persiga punir la planificación del autor, con lo cual “enmascara la ley una pena por meros pensamientos”<sup>460</sup>. En este sentido una “desprivatización” del legislador en una norma, es un pretexto para acceder al aspecto interno que dice relación con la planificación del sujeto, cuestión inadmisibles en un Derecho penal del ciudadano (*Bürgerlichestrafrecht*) y que responde más bien a un Derecho penal del enemigo (*Feindstrafrecht*)<sup>461</sup>.

De ahí la necesidad de una estricta separación<sup>462</sup>, como proyecto liberal natural de la clase de Estado de libertades<sup>463</sup>.

## 2. EL SEGUNDO JAKOBS O LAS REFLEXIONES A PARTIR DE DÁS SELBSTVERSTÄNDNIS DER STRAFRECHTSWISSENSCHAFT VOR DEN HERAUSFORDERUNGEN DER GEGENWART

El llamado segundo JAKOBS del Congreso de Berlín de 1999, que tiene su realidad textual en *Dás Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)* (“La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”), reducida luego a publicación<sup>464</sup>, abre una nueva tratativa en los derroteros del derecho penal del enemigo.

Uno de los puntos de partida en esta nueva visión del tema, es el dominio del sistema económico, el cual se internaliza a todas las instituciones, derivado del hecho de la imposición un nuevo orden en el mundo<sup>465</sup>. Como dicha economía se internaliza así de ese modo, y basado en el hecho que utiliza sólo el “conocimiento aprovechable”<sup>466</sup>, al plantear el problema de la seguridad de los bienes, el conocimiento útil se traduce en exigencias de efectividad del derecho penal, y en soluciones de corto plazo<sup>467</sup>, cuestión que implica poner acento en el tema de la seguridad. Sin embargo, declara JAKOBS, “juricidad y seguridad no son la misma cosa”<sup>468</sup>.

Para JAKOBS las personas en derecho se caracterizan por la titularidad de derechos y obligaciones antes que por la seguridad óptima de sus bienes, con lo cual el hecho penal es lesión de la juricidad antes que lesión a bienes jurídicos, y por ende, la lesión a la norma, es el “elemento decisivo del hecho penal” y no la lesión de bienes jurídicos<sup>469</sup>. Así mismo la pena, no está en función de la protección de bienes jurídicos ni prevención de delitos, términos “demasiado elásticos”<sup>470</sup>, sino más bien como confirmación de la identidad social<sup>471</sup>, como función abierta que, por ese motivo, no excluye la función latente de la prevención general positiva y la general negativa. La pena

<sup>460</sup> Ibid., p. 312.

<sup>461</sup> Ibid., pp. 312-313.

<sup>462</sup> Ibid., p. 322.

<sup>463</sup> Ibid., p. 303.

<sup>464</sup> La publicación en español, que será la que utilizaremos, como JAKOBS, GÜNTHER, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)”, pp. 53-64.

<sup>465</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)”, p. 55.

<sup>466</sup> Ibid., p. 56.

<sup>467</sup> Ídem.

<sup>468</sup> Ídem.

<sup>469</sup> Ídem.

<sup>470</sup> Ídem.

<sup>471</sup> Ídem.

así según su función, se dirige a destinatarios distintos, ya que la función de confirmación se dirige a todo ciudadano (*homo noumenon*, en la terminología kantiana), como partícipes de la comunicación, donde la pena porta un significado dentro de esta comunicación<sup>472</sup>. Las funciones latentes, esto es, la intimidación o la “habituación”, no son dirigidas a todo ciudadano por contar con disposición jurídica y no necesitarlas, salvo aquellos que *per se*, requieren de la intimidación o habituación (*homo phaenomenon*)<sup>473</sup>.

Un estado de juricidad, en cuanto estado de validez, se mantiene marginalizando el comportamiento quebrantador de la norma, con el fin de que aquella, proporcione seguridad cognitiva<sup>474</sup>. Sin embargo, no es sólo ésta la que debe dar seguridad cognitiva, sino también la persona debe ofrecer cognitivamente esa seguridad en su comportamiento, de tal modo que de no darse esta seguridad por aquella, se constituye como una no persona<sup>475</sup>, donde el derecho penal se vuelve así en reacción contra un enemigo, conforme al cual, sin permitirse todo, se reacciona más allá del límite de lo necesario que en una legítima defensa actual, por lo que perseguirá no sólo las acciones actuales sino sobre todo las acciones futuras<sup>476</sup>.

El derecho penal de enemigos así, sin revelarse bien su contenido, sigue reglas distintas al derecho penal estatal “interno”, donde presenta particularidades tales como, el adelantamiento de las barreras de punibilidad por el hecho a producir, penas equiparables a delitos tentados, el paso de la legislación de derecho penal a una legislación de lucha, supresión de garantías procesales, contra criminalidades específicas, tales como organizaciones criminales y terroristas, delitos sexuales, etc<sup>477</sup>. El derecho penal del enemigo no se basa en el acto comunicativo, sino más bien en la amenaza al enemigo, siendo éste quien de forma “presuntamente” duradera ha abandonado el derecho, por lo que no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva demostrado a través de su comportamiento<sup>478</sup>. La falta de religiosidad y la falta de identidad nacional favorecen los procesos de marginación del derecho, por lo cual la tendencia de la existencia de enemigos va en alza más que en baja, con lo cual la sociedad seguirá teniendo enemigos. Es así como el derecho, para restablecer las condiciones del entorno social, requiere neutralizarlos<sup>479</sup>, siendo aquel una guerra cuyos límites dependa de cuanto se tema al enemigo<sup>480</sup>. El problema es de separación de derechos, respecto de aquel del ciudadano y de aquellos que ni se puede coaccionar ni viven apartados del entorno, por lo cual lo perturban. Así, como para JAKOBS dicha separación es un objeto de la ciencia penal, ha de identificar las “reglas del derecho penal del enemigo” y separarlas de las del ciudadano, cuestión ésta que implica la autocomprensión del derecho, tanto del derecho penal nacional como internacional<sup>481</sup>.

---

<sup>472</sup> Ibid., p. 57.

<sup>473</sup> Ídem.

<sup>474</sup> Ibid., pp. 57-58.

<sup>475</sup> Ibid., p. 60.

<sup>476</sup> Ibid., p. 58.

<sup>477</sup> Ibid., pp. 58-59.

<sup>478</sup> Ibid., p. 59.

<sup>479</sup> Ibid., p. 60.

<sup>480</sup> Ibid., pp. 60-61.

<sup>481</sup> Ibid., p. 61.

### 3. OBSERVACIONES DE LA DOCTRINA PENAL DEL PRIMER Y SEGUNDO JAKOBS

Un grupo de opiniones, más reducido, estiman que las relaciones entre el primer y segundo JAKOBS, son las de etapas de perfeccionamiento del concepto total, como si el primer JAKOBS corresponde a una primera fase del segundo JAKOBS<sup>482</sup>.

El segundo grupo, más amplio, hacen referencia a que ambas faces de análisis, representan cuestiones metodológicamente diferentes. Es así como señalan una bivalencia, apuntando al primer JAKOBS como centrado en la descripción, a diferencia del segundo JAKOBS centrado en la valoración<sup>483</sup> o legitimación<sup>484</sup>; o al primero señalando datos, a diferencia del segundo como avalándolos<sup>485</sup>; o al primero metodológicamente enfascado en un análisis descriptivo, a diferencia del segundo sosteniendo un programa político criminal<sup>486</sup> -que incluso lleva a decir a AMBOS que con este programa habría abandonado la línea descriptiva<sup>487</sup>-; o el primero como un JAKOBS crítico al derecho penal del enemigo<sup>488</sup>, en cambio el segundo un JAKOBS defensor del derecho penal del enemigo<sup>489</sup>; o el primero representar un instrumento de análisis crítico, a diferencia del segundo representar la fundamentación teórica de un régimen penal autoritario<sup>490</sup>.

FEIJÓO, expresa muy bien esta dualidad, y como es apreciado por la doctrina penal: "la aportación de Jakobs no siempre se limita a ser descriptiva y, por ello, (...) no habla de una tendencia expansiva ilegítima sino todo lo contrario; y ello es, precisamente, lo que ha motivado una amplia reacción de rechazo en la doctrina (...) Jakobs no sólo ofrece una descripción del Derecho penal del enemigo que se puede encontrar en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, lo cual, (...) es algo ampliamente compartido, sino que ofrece un concepto de enemigo justificador de que determinados

---

<sup>482</sup> VÍQUEZ, KAROLINA, "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?" *Política Criminal*, N° 3, 2007, [Disponible en <http://www.politicacriminal.cl>], [fecha de visita: 15/05/2010], pp. 2-5. Así también VILLEGAS que señala que la tesis del primer JAKOBS, por el mismo, habría "reformulado esta teoría y mejorado en otras publicaciones" (VILLEGAS, MYRNA, "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal", *Política Criminal*, A3, N° 2, 2006, pp. 1-31, p. 4).

<sup>483</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 1-52, p. 120; DURÁN lo refiere como "constatación", para el carácter descriptivo del primer JAKOBS, Vid. DURÁN MIGLIARDI, MARIO, "El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 725-756, p. 733.

<sup>484</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, "El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho", p. 805; GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR, "¿Qué es y qué puede ser el 'Derecho penal del enemigo'? Una aproximación crítica al concepto", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 2, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 1-50, p. 21.

<sup>485</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico", p. 15.

<sup>486</sup> AMBOS, KAI, "Derecho penal del enemigo", p. 120, p. 139.

<sup>487</sup> *Ibíd.*, p. 133.

<sup>488</sup> APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", pp. 164-165; CORTE CONSTITUCIONAL, "Sentencia C-939/02, 31/10/2002, Control de Constitucionalidad de Decreto Legislativo de Desarrollo de Conmoción Interior, Bogotá, Colombia", 10.3, c).

<sup>489</sup> APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", p. 164.

<sup>490</sup> AMBOS, KAI, "Derecho penal del enemigo", p. 149.

sujetos tengan que ser tratados como no-personas en el Derecho. Ahí es donde, precisamente, radica el comprensible rechazo generalizado a su construcción<sup>491</sup>.

APONTE, por su parte, caracteriza esta bivalencia como una tensión. En efecto, APONTE, denota la existencia de una tensión exacerbada entre un derecho penal del ciudadano y garantista y el derecho penal del enemigo<sup>492</sup>, que aún se refleja en los títulos de los epígrafes de su texto *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck* ("La pena estatal: significado y fin"<sup>493</sup>), ("Personas como enemigo"<sup>494</sup>, "Enemigos como persona"<sup>495</sup>), cosa que como bien apunta, así se refleja de su lectura.

En los términos expresados por DEMETRIO CRESPO, metodológicamente existe una cierta ambigüedad del concepto<sup>496</sup>, entendido indistintamente en sentidos críticos, descriptivos y legitimadores<sup>497</sup>, donde estos últimos, JAKOBS los presenta de modo categórico respecto del carácter descriptivo, como ya señalamos, pero donde la legitimación queda aún expresada en el porcentaje no cubierto por la descripción, y que daría lugar de forma positiva a dicha legitimación, cuestión denotada por DEMETRIO CRESPO en la postura de JAKOBS<sup>498</sup>. Esto se traduce, desde la perspectiva metodológica, en derivar consecuencias normativas de descripciones sin "justificar el salto del ser al deber ser" o si justificándolo, lo hace de modo erróneo al derivar validez de la eficacia<sup>499</sup>, respondiendo un tanto a las contraposiciones en el binomio ser/deber ser que el autor sitúa, en todo caso, como problemático en gran parte del derecho penal<sup>500</sup>, cuestión que no hace sino representar una falacia expuesta y reducida en la llamada "Ley de Hume"<sup>501</sup>. Ello le hace esbozar a DEMETRIO CRESPO que tal vez la "teoría" del derecho penal del enemigo, pueda ser "contradictoria en sí misma"; primero, por oponerse la excepcionalidad de aquel en relación al derecho penal del ciudadano, no obstante suponer que el sujeto –citando a GRACIA MARTIN- entra al proceso penal con todas las garantías de aquel<sup>502</sup>; segundo, cuestionando el carácter de teoría meramente descriptiva, en los términos formulados por JAKOBS, sino más bien como una "teoría descriptiva-prescriptiva"<sup>503</sup>, presentada además "como una excepción consecuente a la concepción preventivo-general-positiva de la estabilización de la norma"<sup>504</sup>.

---

<sup>491</sup> FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, "El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho", p. 805, p. 807.

<sup>492</sup> APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", pp. 186-187.

<sup>493</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>494</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *La pena estatal: significado y finalidad*, [trad. MANUEL CANCIO MELIÁ Y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ], Thomson Civitas, 1º edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 176.

<sup>495</sup> *Ibid.*, p. 180. DONINI quien expresa la dualidad en lo descriptivo, y lo normativo como valoración (DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al "enemigo"", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 603-684, p. 639).

<sup>496</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "El derecho penal del enemigo *Darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 473-510, p. 492.

<sup>497</sup> *Ibid.*, nota al pie N° 65, p. 492.

<sup>498</sup> Cfr. *Ibid.*, p. 491, incluyendo su nota al pie N° 64.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 506.

<sup>500</sup> Cfr. *Ibid.*, pp. 474-476.

<sup>501</sup> Igualmente Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 219-221, pp. 322-331, p. 359.

<sup>502</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "El derecho penal del enemigo *Darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", p. 507.

<sup>503</sup> *Ibid.*, p. 508.

<sup>504</sup> *Ídem.*

Si en el plano de los hechos, lo señalado por DEMETRIO CRESPO es cierto, esto es, la confusión de planos entre el ser y el deber ser, el derecho penal del enemigo como fórmula general, implicaría más bien y según la clasificatoria de FERRAJOLI fundada en dicha distinción –aunque generalizando sus alcances<sup>505</sup>–, una “ideología naturalista o realista”<sup>506</sup>, ya que por constituir ésta una “falacia naturalista”, en tanto hace derivar un deber ser del ser, asumiría la explicación empírica como justificación axiológica<sup>507</sup>. Aunque si bien, lo revelado por JAKOBS va en el sentido de la descripción<sup>508</sup>, lo axiológico o la legitimación, se cierne en un terreno donde aquel no lo refiere de modo tan expreso, pero que queda en algo revelado en ese 2% residual del 98% descriptivo, según lo obtenido en ‘confesión’ por DEMETRIO CRESPO del propio JAKOBS<sup>509</sup>. Y siendo así, aún ese 2% ya representa una ideología naturalista en los términos señalados por FERRAJOLI, y contamina dicha legitimación y la convierte en falaz<sup>510</sup>.

La opinión de BASTIDA es que JAKOBS, se juega a la vez, por ambos lados de la moneda: descripción y prescripción, justificación o legitimación<sup>511</sup>. Esto porque si bien identifica al derecho penal del enemigo dentro del sistema jurídico, asiente en su existencia, ya que, y políticamente, si bien actúa como testigo de un mundo que se desmorona, pretende mitigar los cambios refugiándose en un orden tradicional y ya existente<sup>512</sup>, jugándose más bien por una concepción de la seguridad<sup>513</sup>. Es así como ve traslucir en JAKOBS un conservador y autoritario<sup>514</sup>, donde el derecho penal del enemigo es más bien estigmatizador<sup>515</sup>.

La fundamentación de BASTIDA, va en todo caso, más en el sentido de la filosofía política que estrictamente en el plano metodológico. Y por eso la óptica del autor respecto de la alternativa jakobsiana como no contradictoria, sino como correspondiente a una sola visión. Aún así, quedan cabos no suficientemente amarrados por JAKOBS desde el plano metodológico, y que son los que arrojan confusión, sobre todo, si el segundo JAKOBS es puesto en comparación con el primero como base de contrastación, ya que éste, presentaría herramientas críticas que incluso pueden hacer ver mal al segundo JAKOBS, presentado bajo esa comparación, una posición un tanto descompensada y bivalente.

<sup>505</sup> Ya que aquella se centra fundamentalmente en la teoría de la pena.

<sup>506</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, pp. 322-323.

<sup>507</sup> *Ibíd.*, p. 323.

<sup>508</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 93-116, p. 97.

<sup>509</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “El derecho penal del enemigo *Darf nicht sein!* Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, p. 491, nota al pie N° 64.

<sup>510</sup> Ahora bien, la rotulación de “teoría descriptivo-prescriptiva” que señala DEMETRIO CRESPO, podría, en todo caso, ser discutida desde idéntica base del mismo autor, y desde su propia fundamentación metodológica, ya que hace referencia justamente a la “ley de Hume”, donde no pueden derivarse consecuencias normativas de descripciones, y viceversa, so riesgo de constituir una falacia, por lo que una teoría que fuese descriptiva-prescriptiva, desde ese punto de vista, incurre en igual falacia, ya que en sí, la prescripción no es tal sino en la medida de la descripción, cuestión que sin este elemento, no podría ser posible. El rótulo de descriptiva-prescriptiva, se efectúa de algún modo para salvar una *contradictio in adjecto* en el derecho penal del enemigo. Sin embargo, al tratar de solucionarla, fundado en la excepcionalidad de aquel, cae en una nueva *contradictio in adjecto*, puesto que la denominación ya expresa tal contradicción en sí misma, dado a que por significar valores antitéticos, representan valores que por principio de no contradicción, se excluyen mutuamente.

<sup>511</sup> BASTIDA FREIXEDO, XACOB, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo”, p. 281.

<sup>512</sup> *Ibíd.*, p. 292.

<sup>513</sup> *Ibíd.*, p. 293.

<sup>514</sup> *Ibíd.*, p. 291.

<sup>515</sup> *Ibíd.*, p. 293.



Una tercera opinión podría incluso mencionarse, ni específicamente entendiendo que el primer JAKOBS es una etapa del segundo, ni que ambos son diferentes. Es así como IGLESIAS, señala más bien que respecto del uso del primer JAKOBS, “era factible en ese momento que el concepto sirviera como parámetro político criminal de deslegitimación”<sup>516</sup>. En este sentido la autora más bien apunta al hecho del carácter de oportunidad que otorgaba dicho marco, que más que presuponer y atribuir una finalidad y unidad filosófica al derecho penal del enemigo en ambos JAKOBS, como el primer grupo de opiniones, es más bien consecuencia necesaria de tipo metodológico.

En este orden de cosas, no es posible para nosotros representar una síntesis de ambos lados (descriptivos/prescriptivos) como en DEMETRIO CRESPO, ni representar unicidad en la visión como en BASTIDA, lo cual hace sostener la contradicción inicialmente señalada, surgida de la ambigüedad doctrinal presentada por JAKOBS. El primer JAKOBS, representa un punto acertadamente alto, sin duda, por las posibilidades analíticas de su planteamiento, pero este segundo JAKOBS ya presenta niveles importantes de ambigüedad, que pese al señalamiento en *Feindstrafrecht?*... que su postura es sólo descriptiva, o sus términos posteriores a *Kriminalisierung*, no son tan claros para no pensar en que se expresa en términos de legitimación –lo que significa un error en la expresión de su mensaje, para una buena decodificación-, o bien, en no ser claro en la delimitación de lo dogmático y la propuesta político-criminal que represente una sistematización de la dogmática, o bien en no clarificar si derechamente expone una política-criminal que amplíe las posibilidades normativas aún más, de lo dogmáticamente existente como derecho penal del enemigo.

#### 4. NUESTRA POSTURA

##### a. Ausencia de purificación metodológica entre el primer y segundo JAKOBS

En principio podríamos llegar a entender que el primer JAKOBS es un análisis meramente dogmático, del cual infiere conclusiones en el derecho penal. El segundo JAKOBS consiste en una postura criminológica basada en una tipología ya usada con anterioridad a él que actualiza, como la del ciudadano y del enemigo, cuestión que le sirve de base para una propuesta político criminal.

El primer JAKOBS dogmático y iuscientífico, se acerca a una posición crítica, de desmitificación, desmantelamiento y deconstructivo. El segundo JAKOBS criminológico y político criminal

En *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht* (Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo)<sup>517</sup>, parece existir una contraposición siempre latente, entre el primer JAKOBS, y el segundo JAKOBS.

En efecto, las primeras palabras en este texto, han de referirse a la representación de ambos derechos penales, del ciudadano y del enemigo, como “tipos ideales”, los cuales no se presentan en un estado de pureza en los sistemas dogmáticos, donde el primero muestra normativamente defensa ante riesgos futuros, y las relacionadas con

<sup>516</sup> IGLESIAS SKULJ, AGUSTINA, "El Derecho Penal del enemigo y el riesgo de contaminación. Aproximaciones a otras epistemologías para pensar las mutaciones de la soberanía", *Seguridad, Excepción y nuevas realidades jurídicas*, Comares, Granada, 2010, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 24/05/2011], p. 4.

<sup>517</sup> Usaremos la versión española JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2º ed, 2006, pp. 21-56.

terroristas le conceden el status de ciudadano en los tratos procesales<sup>518</sup>. De lo que se trata no es de contraponer ambos sistemas, sino más bien de “describir” a ambos polos pertenecientes a un solo contexto jurídico-penal, por lo que la descripción va en el sentido de señalar esta superposición de tendencias<sup>519</sup>. La denominación derecho penal del enemigo es así, por el carácter descriptivo, no peyorativo<sup>520</sup>. Todo esto suena al primer JAKOBS.

Respecto del enemigo, JAKOBS señala en *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit* (“¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”)<sup>521</sup>, que le es posible la coacción, por el peligro “que destruyan el ordenamiento jurídico”<sup>522</sup>. Esta frase, por ejemplo, no suena a descripción, sino a una declaración de intereses. JAKOBS se encuentra sobre su segunda versión. Su suman también expresiones tales como que el sujeto que no preste seguridad cognitiva de su comportamiento “el Estado no *debe* tratarlo ya como persona”<sup>523</sup> [el resaltado es del autor], cuestión que está bastante lejos, de igual manera que lo anterior, de constituir una descripción.

Las descripciones posteriores sobre normas incorporadas a la legislación penal alemana, y relativas a los actos preparatorios, que conducen a un derecho penal del enemigo, saltan nuevamente a las formas descriptivas de dicha tendencia<sup>524</sup>. Pero fuera de otras líneas de descripciones en *Terroristen als Personen im Recht?* (“¿Terroristas como personas en Derecho?”<sup>525</sup>), la pregunta sobre la legitimidad del Derecho penal del enemigo y sus posibilidades que arroja JAKOBS en él, nos traslada derechamente sobre una programática, más aún, cuando a otras preguntas tales como si se puede conducir “una guerra contra el terror con los medios de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho”<sup>526</sup>, la sola enunciación de la pregunta –donde la respuesta no contradice como si indicara en la pregunta una ironía–, contiene una afirmación propositiva hacia el derecho penal del enemigo.

Una de las primeras cosas expresadas por JAKOBS en *Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit*, se torna muy interesante.

El autor alemán parte sosteniendo no la atribución del carácter de enemigo de su sistema, sino más bien la descripción de aquél, cuestión que nos vincula al primer JAKOBS<sup>527</sup>, y es en esa línea que insiste en señalar que su análisis es descriptivo<sup>528</sup>, con sumo acicate, tanto que podríamos entender que es producto de las críticas formuladas a su punto de vista.

Sin embargo, su fundamentación se transforma luego, aunque no lo quiera y niegue, no en mera descripción dogmática como el primer JAKOBS, sino que para fundamentar su postura, echa mano a un argot de conceptos, clasificaciones y de estructuración metodológica, que responden todas ellas a una interpretación muy dirigida. Es obvio que si tomamos sus conceptos como los de “persona”<sup>529</sup>, “norma”<sup>530</sup> (del cual se

<sup>518</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, p. 23.

<sup>519</sup> *Ibíd.*, pp. 23-24.

<sup>520</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>521</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, pp. 93-116.

<sup>522</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, p. 47.

<sup>523</sup> *Ídem.*

<sup>524</sup> *Ibíd.*, p. 49.

<sup>525</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “¿Terroristas como personas en derecho?”, pp. 57-83.

<sup>526</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “¿Terroristas como personas en derecho?”, p. 83.

<sup>527</sup> JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 95.

<sup>528</sup> *Ibíd.*, p. 97.

<sup>529</sup> *Ibíd.*, pp. 97-98.

<sup>530</sup> *Ibíd.*, pp. 98-100.

desprende “contrafáctico”<sup>531</sup>, por ejemplo), “ciudadano” o “enemigo”<sup>532</sup>, nos conducirá con bastante más dirección a su postura, que si partimos desde otro tipo de conceptualización para dichos términos. Dicho de otro modo, la definición de sus conceptos no es asignación de valores numéricos a una variable, de tal modo que puedan interpretarse y concluirse de forma relativamente objetiva y neutra sobre una hipótesis definida, sino que los conceptos portan desde ya definiciones de su cuño y significaciones que son constructivas y predictivas de una conclusión esperada para el sentido que le pretende dar el autor. Si existiesen, o un uso compartido de conceptos, o resignificaciones desde fundamentaciones etimológicas para los términos (como sucede en filosofía), los valores que en puridad pertenecen al ámbito social y que se asignan a variables conceptuales como éstas, podrían experimentar algún grado de generalización, sino dependieran del entrecruzamiento de distintos fundamentos que JAKOBS quiere impregnarle –cierto sector de la filosofía de la ilustración<sup>533</sup>, positivismo jurídico, teoría de sistema- que se ven en muchos casos aleatorios para su intersección conceptual, y atemporales en sus vínculos –cosa que de paso contradice los fundamentos mismos de la teoría de sistemas, resistente a la atemporalidad-, y que produce algún grado de desconcierto a la hora de enfrentarse ante una mera descripción dogmática, o constatación de un dato<sup>534</sup>.

No se quiere decir con esto, que no se puedan inferir algunas consecuencias de su pensamiento que son acertadas (como la existencia del derecho penal del enemigo, o bien, de una tendencia autoritaria dentro del derecho penal como elemento persistente). Sólo que si la dirección es la fundamentación de un derecho penal del enemigo que se supone existir en la dogmática, pero como algo que importe finalmente justificación de su existencia, o a lo menos, que represente pasividad acerca de dicha existencia sin consideración a crítica, nos parece tendencioso y contradictorio, ya que parece encauzar la interpretación hacia conclusiones delineadas con antelación, lo cual suena más a justificación que mera descripción. La crítica no es al destilador, sino al método utilizado para destilar y la clase de destilación que se obtiene<sup>535</sup>, no a las caracterizaciones del derecho penal del enemigo, sino al patrimonio conceptual que define su constructo.

Por otro lado, la tensión que se visualiza en JAKOBS, sin duda que se entrevera en una inestabilidad metodológica, de un ir y venir de lo descriptivo a lo justificador y viceversa. Si el primer JAKOBS, y como señalan CANCIO MELIÁ/GÓMEZ JARA-DÍEZ, es un “intentar aproximarse científicamente a la realidad y no mirar hacia otro lado cuando lo que vemos no nos gusta”<sup>536</sup>, el segundo JAKOBS no sólo no mira para otro lado, sino que toma partido de aquello que no le gustaba en un principio, transformando la aproximación científica en opción político-criminal, y por ende, justificación de una postura. Pero además, este ir de una dirección a otra, se produce luego de forma repetida y reiterada en su pensamiento posterior, lo que produce una perplejidad constante frente a esta falta de fijeza, una incertidumbre que más que principio, se trueca en una pasmosa alteración de las certezas metodológicas.

<sup>531</sup> Ibid., pp. 100-101.

<sup>532</sup> Ibid., p. 104.

<sup>533</sup> Ibid., p. 103.

<sup>534</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, p. 15.

<sup>535</sup> En referencia a la comparación literaria utilizada por JAKOBS. Vid. JAKOBS, GÜNTHER, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, p. 105.

<sup>536</sup> CANCIO MELIÁ, MANUEL; GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, “Presentación”, en CANCIO MELIÁ, MANUEL; GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS (COORD.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. VII-XXIII, p. XIII.

**b. El derecho penal del enemigo en cuanto herramienta crítica, desestimada en el concepto de expansión**

JAKOBS expresa lo siguiente: "La suposición, quizás bien intencionada, pero desde luego no buena, de que todo Derecho siempre es Derecho porque esto no debe ser de otro modo, *oculta* en su dibujo simplista de la situación la exclusión del enemigo -más o menos amplia- en lo que se refiere a sus derechos, y con ello encubre la señal de alarma de la excepción"<sup>537</sup> [el resaltado es nuestro].

Analizando esta línea de razonamiento, dentro del pensamiento alemán se ha dado espacio a descripciones de realidades ocultas o encubiertas, lo que se ha denominado como filosofía o "escuela de la sospecha" por RICOEUR<sup>538</sup>. En el primer JAKOBS se esboza una tendencia en este sentido. Sin embargo, las descripciones efectuadas por MARX acerca del condicionamiento histórico de la economía, o en NIETZSCHE la moral burguesa como subyacente y determinante en las manifestaciones vitales, no implicaban admitir este contenido como propio, ni adherirse a él, sino que su denotación se producía para mostrar lo oculto a través de un método de desciframiento, para subvertirlo a través de la crítica<sup>539</sup>.

La idea en esta línea metodológica, es sacar a la luz lo que estaba oculto, pero no reconducirlo nuevamente hacia las tinieblas epistemológicas. Y un segundo JAKOBS político-criminal, generará siempre un *episteme* del ocultamiento más que de revelación. De ser legitimador, ya se aleja de la crítica, y por ende, la descripción de lo oculto sólo le sirve de fundamento axiológico, y por ende, legitimador de lo descrito.

Por ello, la opción es considerar el primer JAKOBS, porque es ella la que puede conducir a una crítica de los fundamentos de un derecho penal del enemigo, o bien y yendo más allá, a discutir los aspectos que se encuentran soterrados en el seno del mismo Derecho penal.

El primer JAKOBS constituye una excelente herramienta metodológica de crítica, como ya señalase parte de la doctrina penal<sup>540</sup>, con exclusión absoluta, como afirma BASTIDA, de una línea conservadora y autoritaria de justificación<sup>541</sup>, ya que en este sentido, si la propia concepción que para afirmarse y sostenerse, utiliza un elemento de interpretación que da pie para su reformulación, es útil también para su desmantelamiento y desestructuración. La alternativa sería entonces, escindir la línea legitimadora del derecho penal del enemigo, y sostener sólo la herramienta que otorga el primer JAKOBS<sup>542</sup>.

Sin embargo, esta parece no ser la opción que involucra la intensificación en SILVA SÁNCHEZ, quien acoge el derecho penal del enemigo, y la tercera velocidad como

<sup>537</sup> JAKOBS, GÜNTHER, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", p. 107. Reproduciendo este mismo sentido, DONINI señala: "Quien dice que el Derecho penal no puede ser nunca un derecho que lucha contra un enemigo, sólo por esto ya embellece su rostro, ocultando los aspectos más odiosos de la penalidad cotidiana. Una ciencia muy moral y muy estética, por tanto, aunque quizás poco veraz, o si se prefiere una ciencia sobre el deber ser del Derecho penal, más que referida a su ser normativo vigente" (DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al "enemigo", p. 607) [el resaltado es nuestro].

<sup>538</sup> RICOEUR, PAUL, *Freud: una interpretación de la cultura*, [trad. ARMANDO SUÁREZ], Siglo XXI Editores, México D.F., 1970, p. 32.

<sup>539</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>540</sup> Vid. AMBOS, KAI, "Derecho penal del enemigo", p. 149; DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al "enemigo", p. 651; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo", nota N° 1, p. 521, y así parece utilizarla en *Ibid.* pp. 525-528.

<sup>541</sup> BASTIDA FREIXEDO, XACOBÉ, "Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo", p. 291.

<sup>542</sup> En contraposición así, al pensamiento de BELLO. Cfr. BELLO RENGIFO, CARLOS SIMÓN, "Las razones del Derecho penal", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 305-324, p. 324.

propuesta, de una forma legitimadora -por las consecuencias político criminales que implica esta tercera “velocidad”-, de un tercer sector del derecho penal que contemple la laxitud de garantías y el endurecimiento de penas, contra los sujetos y por los hechos que describe la intensificación, con lo que se desentiende de sus posibilidades críticas, y sólo describe sus manifestaciones, y funcionalmente señala una solución político-criminal en orden a su aceptación.

## VIII. CONCLUSIÓN

La crítica metodológica ha posibilitado, de modo muy general, inferir las siguientes debilidades del modelo expansivo:

- Cierre del foco metodológico (reducción de la observación metodológica): desplazamiento del problema del capital por el del riesgo, recorte espacio-temporal de las causas de los fenómenos, carácter céntrico-dependiente de la visión, desconsideración de la variante crítica del derecho penal del enemigo.
- Falta de depuración metodológica: quiebre teórico por la introducción del concepto de “intensificación” en el modelo expansivo originario de la primera edición; un concepto poco riguroso de “izquierda” política.
- Ausencia de fundamento o base material: el riesgo, en cuanto a invisibilidad de las fuentes de peligro, es una base lábil de análisis criminológico (y sociológico-jurídico si se amplía la mirada) y de propuestas político-criminales; el miedo en tanto conformado por elementos emocionales, transitorios, mudables, es débil como base de definición de la acción política.
- Ausencia de fundamentos de racionalidad: el miedo en cuanto susceptible de ser producido artificialmente y ser, por ende, irracional, como base de definición de la acción política; el desplazamiento de la conciencia por la acción, desproporciona de racionalidad a la acción (acción por el miedo).

¿Por qué éstos son considerados problemas metodológicos?

En el caso del cierre del foco metodológico, es un problema metodológico porque existe una reducción de los contenidos significativos del concepto (expansión), existiendo la posibilidad de cubrir un espectro significativo mayor que favorece la visión de conjunto de los fenómenos y sin que afecte la especificidad de los fenómenos descritos, y sin homogeneizar heterogeneidades de modo forzado ni artificialmente.

En el caso de la falta de depuración metodológica, se hace un problema puesto que el quiebre que produjo la incorporación de la “intensificación”, se debe al tratar de homogeneizar cuestiones heterogéneas; y para el caso del concepto de “izquierda política”, el no precisar el concepto trae como consecuencia una mala interpretación del fenómeno a los cuales el concepto refiere.

En tanto que la ausencia de materialidad y racionalidad, si bien tienen como punto de arranque la metodología, linda en cuestiones epistemológicas, porque es la forma en cómo se ha de mirar los fenómenos jurídico-penales que consisten en el llamado aumento de la legislación penal. El modelo expansivo no dota solo de una herramienta de análisis, sino de un aparato epistemológico que determina cómo ha de apreciarse o percibirse el fenómeno, el cuál a buenas cuentas se resume en la percepción sobre el aumento de la legislación.



## **II PARTE: FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA UN MODELO BASADO EN EL CONCEPTO DE “INFLACIÓN PENAL”**





### CAPÍTULO III: LA TESIS DEL BIEN JURÍDICO: EL SIGNIFICADO DE UN CONTENIDO MATERIAL

#### I. FUNDAMENTACIÓN METODOLÓGICA DESDE LA POSTURA “ANTIFORMALISTA” EN LA SOCIOLOGÍA DEL DERECHO Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

##### 1. LA PERSPECTIVA GENERAL DEL “ANTIFORMALISMO”

El “antiformalismo jurídico”<sup>543</sup> o simplemente “antiformalismo” (en la obvia acepción contraria o crítica al “formalismo”<sup>544</sup>), “movimiento antidogmático” (para referirse a la *Escuela del Derecho Libre*<sup>545</sup>) o también llamado por otros “pluralismo jurídico”<sup>546</sup> como posición o postura, pese a las diferencias existentes entre los autores que podrían agruparse bajo el “antiformalismo” (Julius Von Kirchmann, Oskar Bülow<sup>547</sup>, Oliver Wendell Holmes Jr., George Gurvitch, Eduardo Novoa Monreal, Robert Cover; de la *Escuela del Derecho Libre*: Eugene Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs, François GénY, Edouard Lambert, Gaston Morin, Jean Cruet, Ernst Zitelmann<sup>548</sup>), ha expresado ciertos puntos comunes en su apreciación crítica sobre el derecho.

<sup>543</sup> CAVALLO, RICCARDO, “La critica al formalismo giuridico nel pensiero di Hermann Heller”, *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 39, 2010, pp. 405-436, p. 407, incluyendo su nota al pie N° 10.

<sup>544</sup> En referencia al “formalismo” romano, y donde a propósito del mismo dice “un sistema de categorías formales de mayor o menor alcance; pero siempre de contornos y relieves rígidos” [énfasis del autor suprimido]. Vid. GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §77, p. 173.

<sup>545</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, [Eduardo Roza Acuña], Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 216. Denominado “movimiento del Derecho Libre” (“en analogía del término ‘religión libre’”) aún por sus autores, y en algunos casos por “nueva concepción”. Vid. KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN; KANTAROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 325-373, pp. 327-328, p. 331 y p. 335, p. 369, p. 370. En la concepción de KANTOROWICZ sobre el Derecho libre, tiene mucha influencia el parangón con el movimiento de reforma protestante: “Ni qué decir tiene que el movimiento de la religión libre es esencialmente idéntico a nuestra dirección del Derecho libre. No obstante, queda entre ambos una diferencia: Mientras que en la teología el espíritu de la Reforma llega a su bella culminación, la Ciencia del Derecho, que no se despertó a tiempo para emprender su Reforma, tiene casi todo por hacer. Bien es verdad que los ideales de nuestro movimiento encarnan claramente el espíritu de la Reforma alemana que superó la letra, liberó al individuo, dio al sentimiento carta de naturaleza y enseñó a escuchar la voz de la conciencia; pero no lo es menos que hasta hoy sigue esperando en vano la ciencia jurídica al hombre que siente en sí la fuerza de devenir su Lutero” (Ibíd., p. 361).

<sup>546</sup> Vid. CAVALLO, RICCARDO, “La critica al formalismo giuridico nel pensiero di Hermann Heller”, p. 409; LLANO, JAIRO VLADIMIR, “Teoría del derecho y pluralismo jurídico”, *Criterio jurídico*, V. 12, N° 1, Santiago de Cali, 2012, pp. 191-214. Sin embargo su uso específico lo acuña Gurvitch, para la definición de los diversos planos de generación de derecho. Vid. GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, [trad. Ángela Romera Vera], Editorial Rosario, Rosario, 1945.

<sup>547</sup> A quienes (KIRCHMANN y BÜLOW), la *Escuela del Derecho Libre*, reconoce como adversarios del ideal jurídico del derecho formal de la época. Vid. KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN; KANTAROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 325-373, p. 330. Reconociendo como antecedente a BÜLOW, LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, [M. Rodríguez Molinero], Editorial Ariel, 2001, p. 82.

<sup>548</sup> Otros se mencionan dentro de esta *Escuela*, como Stammier, Radrbuch (Vid. KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, pp. 372-373) *Escuela del Derecho Libre* también consideraba respecto de algunos autores, incluso algunos inspiradores de dicho movimiento como

Los que mayormente desarrollaron esta postura es la así llamada *Escuela del Derecho Libre* o que otros llaman "irracionalismo"<sup>549</sup> o "sociología del derecho organicista"<sup>550</sup>, quien tuvo inspiración en el segundo Ihering<sup>551</sup>, y que viene en ser una reacción contra lo que DE LOS MOZOS llama respecto de GÉNY, "totalitarismo legalista, especie de fetichismo legal"<sup>552</sup> o "fetichismo de la ley escrita"<sup>553</sup>.

KANTOROWICZ, respecto de ésta, y que da luces respecto de su desiderátum, señala lo siguiente:

"La doctrina<sup>554</sup> del derecho libre enseña (si es que se puede resumir en unas pocas palabras un complicado sistema) que las fuentes tradicionales del Derecho, el derecho 'formal', los estatutos y los precedentes tienen lagunas que deben ser llenadas según el Derecho, si la decisión ha de ser de carácter judicial, y este Derecho debe tener un carácter general, si se ha de mantener la igualdad ante la ley; el ingrediente para llenar estas lagunas deberá por consiguiente consistir en normas, normas de Derecho. Estas normas constituyen el derecho 'libre' en cuanto no son derecho formal. No han sido formalizadas, si no [sic] se hallan todavía en un estado de transición, como los proyectos de leyes, los principios de política, los usos mercantiles, las convicciones inarticuladas y las preferencias emocionales. Muchas de ellas son formuladas para una decisión judicial concreta por los tribunales, que actúan dentro de sus facultades discrecionales a través de actos de voluntad y juicios de valor, constituyendo, por tanto, creación judicial del

---

KIRCHMANN, nos quedamos con aquellos que no representan esta postura, por entender que su orientación no es tanto social, que es el presupuesto básico aquí de la posición de antiformalismo que entendemos tener por fundamento metodológico. En este mismo sentido, si bien el propio KANTOROWICZ, los menciona como "amigos" del movimiento (Ibíd., p. 331), igualmente establece la diferencia: "Nuestro Derecho libre es, por tanto, afín con el Derecho Natural en un punto principal. No obstante, repetimos que nuestra concepción del Derecho separa nuestro movimiento para siempre de la del Derecho Natural. Para nosotros que podemos recoger de los pensadores de los siglos XVII y XVIII sus ideas jurídicamente valiosas sin tener que aceptar sus errores metafísicos, para nosotros hijos del siglo XIX es el mundo un mundo en eterno cambio y desenvolvimiento y es nuestro Derecho libre, tan perecedero y frágil como las mismas estrellas. También en un segundo aspecto, se opone nuestra concepción del Derecho a la del Derecho natural. La Escuela Histórica nos ha enseriado que todo Derecho, por ello también el Derecho libre, sólo merece reconocimiento si es "positivo"; y que ningún Derecho existe "naturalmente" sino sólo y en cuanto detrás de él se encuentra un poder, una voluntad, un reconocimiento. Nuestro Derecho libre es por tanto Derecho Natural del siglo XX. Nuestra Filosofía de Derecho tiene poco de común con la de Puffendorf y la de Wolff" (Ibíd., p. 334).

<sup>549</sup> LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, [M. Rodríguez Molinero], Editorial Ariel, 2001, pp. 81-82. Esta denominación la contrapone al "racionalismo", junto al curioso juicio de valor al denominar al irracionalismo como una "corriente inferior" a aquél, aunque agrega en la forma de voluntarismo, ligando su existencia a Schopenhauer, Nietzsche y Bergson. Sin embargo, no menciona qué parte de lo que él denomina voluntarismo, es la corriente inferior, y si ésta se identifica con la Escuela o movimiento del Derecho libre. Tampoco menciona por qué es inferior y de qué forma. Menos en que nivel sitúa, respecto de sus fuentes originales que estima LARENZ la inferioridad al racionalismo, de Schopenhauer, Nietzsche y Bergson. Es debido a ello que consideramos esta expresión un tanto carente de rigor científico, y que debe tomarse como juicio de valor arbitrario y sin mucho fundamento.

<sup>550</sup> FELIPE, FUCITO, *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condiciones sociales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 152 y p. 165.

<sup>551</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, "La lucha por la Ciencia del Derecho", SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN; KANTAROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 325-372, p. 330.

<sup>552</sup> DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, "Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François GénY", *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 20, 1991, pp. 119-148, p. 131.

<sup>553</sup> Ibíd., p. 134.

<sup>554</sup> Para GOODHART la expresión "doctrina de derecho libre" es poco afortunada por conducir a errores en la apreciación del movimiento, y en específico por ser "interpretado en el sentido de que el juez goza siempre de libertad para decidir un caso según lo crea más conveniente, y que el punto de vista tradicional, de acuerdo con el cual existen normas obligatorias que vinculan a los jueces para deducir determinadas conclusiones, estaba basado en algo ficticio" (GOODHART A.L., "Prólogo", KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp. 9-29, p. 21).

Derecho. Su validez es muy inferior a la del derecho formal y a veces es nula, pero su importancia práctica es incluso mayor, ya que allí donde el derecho formal es claro y completo no es probable que se produzca litigio<sup>555</sup>.

Si bien históricamente este pensamiento o postura se le ha tendido a fundir bajo el rótulo de *Escuela del Derecho Libre* por la importancia de aquélla según se señaló, preferimos la nomenclatura de “antiformalismo” por ser más ácrono que aquél, menos complejo y más abierto que “antidogmático”, y más general que “pluralismo jurídico”, el cual se remite solo a una de las características o ideas de la postura. La *Escuela del Derecho Libre*, además, se declara, en palabras de KANTOROWICZ, “voluntarista” y “antirracionalista”; en el primer caso, básicamente coincide o sigue la tesis del segundo IHERING en *La Lucha por el Derecho*<sup>556</sup>; en el segundo caso en contraposición a como utilizaba la lógica jurídica la Escuela Histórica<sup>557</sup>.

Pasaremos ahora a revisar las cuestiones comunes que pueden formularse a dicha postura.

## 2. EL CONCEPTO DE “DERECHO” EN CUANTO DERECHO FORMAL O LEY ESCRITA

KANTOROWICZ, respecto del concepto de derecho, plantea lo que él denomina “pragmatismo conceptual”<sup>558</sup>, según el cual niega todo esencialismo al concepto (el concepto por sí mismo representa propiedades de las cosas y refleja su esencia), debiendo ser más bien útil, determinando su contenido en una libre elección<sup>559</sup>, pero no arbitraria sino sujeta a ciertos límites, como al contexto, a los convencionalismos sociales, a las técnicas lingüísticas, a la tradición científica, a las prohibiciones legales. Es dentro de este marco que ha de determinarse un concepto de derecho.

Por su parte NOVOA el derecho en tanto legislación, es “un conjunto de normas de comportamiento impuestas a los hombres que forman parte de una sociedad, para obtener de ellos una conducta externa mínimamente compatible con el modelo de organización social establecido”<sup>560</sup>, o bien, “un instrumento práctico destinado a la realización concreta del modelo de organización social en una sociedad determinada”<sup>561</sup>.

---

<sup>555</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp. 19-20.

<sup>556</sup> “El primado de la voluntad no es en parte alguna tan incontrovertible como en la ciencia jurídica, conforme lo demuestra la sencilla observación empírico-psicológica aun a aquél que, como nosotros, refuta decididamente la metafísica voluntarista de Schopenhauer (...) Bien es verdad, que en todas partes se oscurece la relación entre la voluntad y la razón, porque la última tiene el vehemente afán de invertir los hechos con posterioridad, oscurecimiento que en el campo jurídico sube de punto puesto que la voluntad jurídica llega afortunadamente con gran frecuencia al mismo resultado al que la razón interpretadora habría llenado aún sin aquella dirección voluntarista. Pero tan pronto como el jurista teórico o práctico se siente obligado a proponer a base de su texto legal un resultado que, en una cuestión importante, abofetee una poderosa convicción jurídica, se pone en evidencia cuál de ambas constituye en fin de cuentas la verdadera fuerza motriz. Se habla en tales casos de un “resultado indeseable” (KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 343).

<sup>557</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 342, p. 345.

<sup>558</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 35, p. 37.

<sup>559</sup> “Pretendo entender por este término tal cosa y tal otra y si, querido lector, tú quieres entender por el mismo término algo diferente, quedas en libertad para hacerlo, siempre y cuando tú no utilices mis palabras en tu definición. El valor de nuestras definiciones respectivas debe juzgarse por su utilidad comparada” (Ibid., p. 37).

<sup>560</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 153.

<sup>561</sup> Ibid., p. 172.

La idea de instrumento práctico radicaba en el aserto tomado de Kelsen que el derecho es una técnica social<sup>562</sup>. NOVOA extrema las posibilidades que se expresan en la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen, en la separación del derecho de la moral, y así constituir un derecho que prescinda de consideraciones ajenas al derecho. Siendo así NOVOA considera al derecho “vacío de contenido”<sup>563</sup>, puramente formal, “al servicio de cualquier ideología, justamente porque no se compromete con ellas”<sup>564</sup>, y por lo mismo puede garantizar una neutralidad ideológica. Esto es, en resumen, el que la política y la economía determinen el contenido del Derecho y que éste sea un instrumento al servicio de ellas<sup>565</sup>. Si el derecho así es informado por la política, puede ser contrastado con la realidad social, y ser “apto para la ordenación de cualquier modelo o proyecto de organización social” con lo que se logra la “desideologización del concepto”<sup>566</sup>.

“De no admitirse lo que hemos consignado –señala NOVOA–, persistirán los graves errores ya cometidos. Continuará una ideología determinada arrogándose la facultad de definir como derecho al régimen normativo contingente y de bandería que trata de propagar; seguirán sosteniéndose como principios jurídicos ideas que favorecen a grupos o clases colocados en situación preponderante por ese régimen; seguirá esgrimiéndose el concepto de derecho como el fetiche que permite no sólo impedir cambios sociales necesarios, sino, además, fijar la suerte poco afortunada de grandes mayorías humanas; en suma, continuarán imperando la mentira y el engaño. Todo ello, bajo la respetable capa de “ciencia neutral”, venerable por sus años y prestigiada por una hábil propaganda”<sup>567</sup>.

Todo lo expresado por los autores apunta en la dirección de dotar de flexibilidad a los conceptos usados en el derecho, aun del propio concepto de derecho.

### 3. LA POSICIÓN CON RESPECTO A LAS LAGUNAS EN LAS LEYES

Quizás el centro menos discorde como punto en común, sea la reacción contra el “dogma de la plenitud hermética”<sup>568</sup>, o como le llama BOBBIO “dogma de la integridad”<sup>569</sup>, esto es, el reconocimiento de la integridad del derecho codificado, por lo que más bien postulaban la existencia de una falta de integridad en las normas jurídicas, y por ende, de las lagunas en las normas jurídicas como una cuestión insalvable por las mismas normas para su integración<sup>570</sup>, tanto así que el mismo BOBBIO señala de la

<sup>562</sup> *Ibíd.*, p. 174. También lo define “como un mecanismo de ordenación formal capaz de proteger y sancionar cualquier orden político o económico” (NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 29).

<sup>563</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, p. 159.

<sup>564</sup> *Ibíd.*, p. 168.

<sup>565</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 118.

<sup>566</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, p. 170. Objeciones al concepto de NOVOA se formulan en VILLALONGA, CRISTIÁN, *Revolución y Ley. La teoría crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal*, Globo Editores, Santiago de Chile, 2008, pp. 182-185.

<sup>567</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 169.

<sup>568</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 338.

<sup>569</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho* [Eduardo Rozo Acuña] Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 214.

<sup>570</sup> Con una u otra diferencia, BÜLOW, OSKAR, *Gesetz und Richteramt*, Verlag von Dunker & Humblot, Leipzig, 1885, pp. VII-XII. [Disponible online: <http://archive.org/stream/gesetzundrichte00blgoog/page/n12/mode/2up>], [fecha de visita: 02/10/2013], en concordancia con la versión italiana BÜLOW, OSKAR, *Legge e ufficio del giudice*, [trad. e postfazione di P. Pasqualucci], *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 30, 2001, pp. 199-254; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1987, p. 240, 290-291; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una*

*Escuela del Derecho Libre*, que su labor “es una batalla por las lagunas”<sup>571</sup>. Bastan las palabras de KANTOROWICZ “muchos casos jurídicos no admiten ninguna solución jurídica”, o, “hay tantas lagunas como palabras”<sup>572</sup>.

El tema de las lagunas en el antiformalismo tiene como sustento la labilidad de la ley por ser producto de un hombre de carne y hueso<sup>573</sup>, y como tal, obra imperfecta, tanto que GÉNY calificaba al legislador de impotente<sup>574</sup>.

El mismo GÉNY, por ejemplo, se expresaba en los siguientes términos:

“la ley escrita (...) como un acto de la inteligencia y de la voluntad humana, necesariamente limitada en sus miras, más restringida aún en su alcance efectivo, se puede asegurar que, por mucha que sea la profundidad a que se llegue y por más ingenio que se ponga en solicitar la fórmula, no se podrá deducir la plena totalidad de la soluciones que reclama imperiosamente la *infinita complejidad de las relaciones sociales*” Respecto de la primera, la ley, como toda obra humana, será siempre incompleta. Por sutil que se suponga el espíritu del hombre, es incapaz de alcanzar por completo la síntesis del mundo en que vive. Y esta irremediable deficiencia nótase más particularmente en el orden jurídico, que para apreciarlo en su totalidad supondría el conocimiento previo de todas las *relaciones* que puedan entablar los hombres, de todos los conflictos de aspiraciones o de intereses. Aun cuando imagináramos, cosa imposible, un legislador suficientemente perspicaz para penetrar con una amplia y profunda ojeada la totalidad del orden jurídico de su época, hay que reconocer que no podría prever para regularlas de antemano, *todas las relaciones futuras* [el resaltado es nuestro]<sup>575</sup>.

De ahí que exista, hasta cierto punto, un argumento circular, pero no por circular menos cierto: porque existen imperfecciones en la ley es que existen lagunas, y la existencia de lagunas demuestra la imperfección de la ley<sup>576</sup>.

---

*crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 132, p. 158, pp. 229-230. Las diferencias entre la posición, por ejemplo, de BÜLOW y NOVOA, se basa en la importancia del rol del juez en la integración. Así BÜLOW expresa: “El Estado no da a conocer sus mandamientos y permisiones, sus prohibiciones legales sólo a través de la carta silenciosa de la ley, sino que también sirve la boca del juez, cuya palabra es aún más precisa y penetrante” (BÜLOW, OSKAR, *Legge e ufficio del giudice*, p. 205). Por su parte NOVOA señala: “Nadie discute que las sentencias judiciales, los actos administrativos de ejecución de la ley y aun ciertos actos jurídicos otorgados por particulares pertenecen al amplio universo de la fenomenología jurídica, pero no encuentro acertado calificarlos como “creadores de normas”, especialmente si con ello se va a llegar a un indebido ensanche de las atribuciones de los jueces, que permita a éstos alejarse notoriamente del marco de la ley” (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 208). KANTOROWICZ es drástico en ese punto: “En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su ‘manía de grandeza’. En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable” (KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 339).

<sup>571</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho* [Eduardo Roza Acuña] Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 213.

<sup>572</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 337 y p. 338.

<sup>573</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 240.

<sup>574</sup> GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §57, p. 116.

<sup>575</sup> GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §155, p. 520; §57, p. 115. Igualmente §90, p. 221; §90, p. 224.

<sup>576</sup> KIRCHMANN, J.H. VON, *La jurisprudencia no es ciencia*, [trad. Antonio Truyol Serra], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 7, p. 26; KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp. 19-20; GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §54, p. 111.

NOVOA considera, que la realidad es más compleja de lo que las leyes pueden abarcar, que es imposible considerar una plenitud de la realidad en sus preceptos, y que se obliga a reducir dicha realidad a “pautas que son excesivamente estrechas y que, en definitiva, la deforman”<sup>577</sup>. Es por ello que en la ley inevitablemente encontraremos “vacíos, contradicciones, olvidos, utilización equivocada de términos y muchos otros defectos de elaboración”<sup>578</sup>.

NOVOA señala el problema de las lagunas en el derecho del siguiente modo:

“Es necesario tener presente que cuando hablo de estas lagunas o vacíos no me refiero a una falta de regla de la ley positiva sobre ciertas actividades humanas, pues un silencio de la ley puede tener muchas explicaciones no objetables. Así, por ejemplo, el silencio de la ley en materia penal denota hechos atípicos, en materia de derecho privado indica aquello que queda librado a pactos libremente celebrados por particulares y en otras ramas legales señala simplemente la zona de libertad de un ser humano. Es común, por consiguiente, que existan áreas de actividad humana no regida por reglas legales. A lo que me refiero en este punto es a aquellos casos en los que la elaboración dogmática, pese a sus afanes sistematizadores, no consiga llenar un vacío normativo en un caso concreto que exige una solución jurídica. Un vacío de esta clase puede producirse por varias razones. La más clara de ellas se produce en el caso de preceptos legales abiertamente contradictorios, en el cual la solución dogmática no logra salvar la contradicción, pues allí quedará evidenciado que no hay regla en un punto en el que ésta es necesaria [el resaltado es nuestro]”<sup>579</sup>.

#### 4. CONTRA EL “DERECHO ESTATAL” O LA CONCEPCIÓN DEL “DERECHO VIVO”

La reacción contra el “derecho estatal”<sup>580</sup> —o como le llama BOBBIO “estatalismo jurídico”<sup>581</sup>—, supone que el derecho es un producto solo del Estado y de la actividad legislativa (monismo<sup>582</sup> jurídico)<sup>583</sup>.

Contrariamente pensaban que el derecho era producido desde la realidad social como “derecho libre”<sup>584</sup>, “derecho vivo”<sup>585</sup>, “derecho práctico y vivo”<sup>586</sup> o “derecho social

<sup>577</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1987, pp. 290-291

<sup>578</sup> *Ibíd.*, p. 240.

<sup>579</sup> NOVOA, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, nota al pie N° 4, pp. 229-230.

<sup>580</sup> EHRLICH en ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociológico del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 61-67; KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, pp. 372-373, p. 334.

<sup>581</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho* [Eduardo Rozo Acuña] Editorial Temis, Bogotá, 1987, p. 214.

<sup>582</sup> *Ibíd.*, p. 215.

<sup>583</sup> “Otras objeciones semejantes utilizan la idea, también familiar de que el derecho, por el hecho de variar de un sistema social a otro, constituye un producto de la “voluntad” del Estado, para no citar la posición más exagerada, dentro de esta idea, según la cual existe una identidad entre el Derecho y el Estado...” (KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] Revista de Occidente, Madrid, 1964, pp. 47-48). Podría considerarse en esta identidad entre voluntad y Estado que critica KANTOROWICZ, la concepción, fuera de HEGEL, la de SCHMITT y el concepto de Estado Total (SCHMITT, CARL, *Der Begriff des Politischen*, Verlag von Duncker&Humblot, Munchen und Leipzig, 1932, p. 45 y ss.).

<sup>584</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] Revista de Occidente, Madrid, 1964, p. 19.

<sup>585</sup> Según EHRLICH. MORCHÓN, GREGORIO, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociológico del derecho en Eugen Ehrlich*, pp. 69-73.

<sup>586</sup> GENY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §63, p. 129.

espontáneo<sup>587</sup>, que era el “Derecho socialmente imperante en nuestra sociedad”<sup>588</sup>, donde también tenía una gran importancia el derecho consuetudinario y las reglas de comportamiento habituales (pluralismo jurídico)<sup>589</sup>. De ahí sostienen, obviamente, la diferenciación entre el derecho estatal y el derecho libre o vivo<sup>590</sup>, o bien, y como señala NOVOA, la diferencia entre el “Derecho socialmente imperante” y el “Derecho formalmente impuesto”<sup>591</sup>.

KANTOROWICZ hace sinónimo al Derecho libre con las “necesidades de la vida (o sea por regla general, con el derecho libre de comerciantes, mujeres, obreros)”<sup>592</sup> y con las “relaciones jurídicas concretas” [el resaltado es nuestro]<sup>593</sup>.

A propósito de lo dicho BÜLOW en *Ley y Oficio del Juez*, señalaba:

“Por ley, el poder del Estado determina lo que ha de considerarse como ley. En el cuidado del *bienestar de la comunidad*, el legislador piensa de antemano *la forma en que se pueden configurar en las futuras relaciones* y situaciones, hechos y acciones de los hombres, y se aplica la regla de la necesidad social imperiosa, es decir *lo que es legalmente necesario*. Se examina el grado en que se puede permitir una el desplegar libre de las aspiraciones individuales, destinadas a la promoción de un bien particular, en el caos y *la lucha de las fuerzas sociales que sostienen y se oponen entre sí*, y el grado en que se debe fomentar al individuo a cooperar por el bien de los demás y recibiendo a cambio el apoyo y fuerza de otros. Una vez que encuentre las líneas de demarcación, las registra en la más clara y nítida imagen posible del futuro. Sin embargo esta no es la ley en vigor, es sólo un plan, un esbozo de orden jurídico futuro, de un orden legal deseado: de lo que el legislador será capaz de hacer con sus fuerzas” [el resaltado es nuestro]<sup>594</sup>.

En las afirmaciones de BÜLOW se muestra un contrapunto entre lo que se produce socialmente y es visualizado por el legislador para determinar la ley, y lo que la ley es en relación a este producto social, y donde la ley no es un cierre al vigor del derecho en una sociedad (y que para BÜLOW habría de serlo la actividad judicial).

KANTOROWICZ va igualmente en la vía de un derecho que surge desde lo social y desde la comunidad<sup>595</sup>. Señala, además, no solo la diferenciación entre ambos, sino

---

<sup>587</sup> GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, p. 231.

<sup>588</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 26.

<sup>589</sup> Así BÜLOW señalaba: “Sin embargo, se debe renunciar al hecho de que en nuestro tiempo el derecho de origen no legislativo, al menos tal y como aparece en los resultados de esas búsquedas -es decir, el derecho común- ha sido objeto de la atrofia más radical. Con una falta de respeto aún mayor que en el pasado, la legislación se ha apoderado del mundo del derecho. El derecho consuetudinario es un lugar pequeño y mísero, gentilmente concedido por la ley. Sin embargo, es difícil confiar con toda tranquilidad a la fe en la soberanía absoluta de la legislación” (BÜLOW, OSKAR, *Legge e ufficio del giudice*, p. 202). En el mismo sentido KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho* [J.M. de la Vega] *Revista de Occidente*, Madrid, 1964.

<sup>590</sup> “Y este derecho libre, vuelto inesperadamente del olvido a la teoría jurídica, en el acto se muestra por lo menos de igual condición de poder o influencia que el Derecho estatal. Sobre todo le aventaja por el hecho sencillo de que el pueblo conoce el Derecho libre, mientras que desconoce el Derecho” (KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 335).

<sup>591</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 29.

<sup>592</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 349.

<sup>593</sup> *Ibíd.*, p. 368.

<sup>594</sup> BÜLOW, OSKAR, *Legge e ufficio del giudice*, p. 203.

<sup>595</sup> “Así resulta [el Derecho Libre] sus dos formas principales: Derecho individual y Derecho de la comunidad, según que un individuo reconoce un principio jurídico a base de su propia convicción o a causa de la de una comunidad, no siendo imposible que el mismo principio jurídico aparezca en ambas formas y además como Derecho estatal (...) Todos ellos [personas que operan en una comunidad] viven con arreglo al derecho libre, de acuerdo con aquello que las opiniones de su círculo o su juicio individual les presenta como Derecho, no como arbitrariedad o como mera conveniencia” (KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, pp. 334-335, p. 336).

también como éste es —o debiera ser— fundamento del derecho estatal, teniendo una existencia previa a éste<sup>596</sup>.

GÉNY señalaba:

“Destinadas éstas a regir [normas positivas] las relaciones incesantemente varias de la vida social, de las condiciones mismas de la sociedad y de su fondo, siempre en movimiento y complejo, es de donde nacen las instituciones jurídicas. Y por una penetración más profunda y más íntima de esta sustancia viva, es como pueden desenvolverse y progresar. ¿Cómo se quiere entonces que se abstraigan de este medio, que es su atmósfera vital y necesaria, para transformarse en ideas puras, sin que pierdan con ello toda la virtud en que se funda su eficacia práctica y les permite satisfacer los intereses que los reclaman?”<sup>597</sup>.

GURVITCH, considera que la sociedad está compuesta de una “pluralidad de formas de sociabilidad” tanto en los “tipos de sociedad total”, como en los diversos “tipos de grupo” (sindicatos, club, partidos políticos, servicios públicos, iglesias, sociedades, familia, etc.), generan una pluralidad de “clases” de derecho, y por ende, se encuentran unidas a la pluralidad de formas de sociabilidad. En efecto, existen “estructuras de derecho” que corresponden tanto a sociedades totales (derecho feudal, derecho burgués, derecho americano, derecho arcaico, etc.), como a grupos (derecho sindical, estatal, cooperativista, familiar, etc.). El derecho de cada grupo, compite y combina con los otros, de tal modo que al existir una “síntesis y equilibrio entre la multiplicidad de grupos” origina un sistema de derecho dentro de una sociedad total, equilibrio que tiene su última manifestación en el balance existente entre el “derecho espontáneo” y el “derecho organizado”<sup>598</sup>.

NOVOA hace mención del concepto de “proyecto concreto de vida social” o “proyecto histórico social”<sup>599</sup>:

“Todo pueblo tiene, conforme a su medio ambiente, a su idiosincrasia:’, a su evolución cultural, a sus condicionamientos históricos y a su genio colectivo, una manera especial de concebir sus aspiraciones comunes como sociedad organizada. Tales aspiraciones conforman lo que algunos han denominado “proyecto de vida colectiva” y que aquí designamos “proyecto concreto de vida social”. Este proyecto está constituido por las metas comunes que se propone una comunidad dada, en una etapa histórica determinada, sobre la base de una cierta visión del mundo y del hombre, en momentos en los que una minoría dominante no ahogue sus anhelos”<sup>600</sup>.

Y en relación a este “proyecto concreto de vida social”, debiera estar en concordancia y consonancia la legislación, proyecto que en todo caso debiera ser determinado por la sociología según el autor<sup>601</sup>:

---

<sup>596</sup> “Así forma el Derecho libre sus amplios círculos y vive con independencia del Derecho estatal. Pero no se puede enunciar la afirmación inversa. El Derecho libre constituye el *suelo* del que el Derecho estatal dimana: casi todos los pensamientos legislativos han existido con anterioridad como principios del Derecho libre” [resaltado del autor] (Ibíd. p. 336).

<sup>597</sup> GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §63, p. 130. De otro modo se expresa: “Toda ordenación jurídica positiva, cualquiera que sea, supone fundamentalmente la operación siguiente. Entre los innúmeros actos de la vida social, se aprecian y ponen aparte algunos, a los cuales se les dota de una sanción eficaz y de esta suerte, vínculos puramente humanos se convierten en vínculos jurídicos” [el resaltado es nuestro] (Ibíd., §77, p. 172).

<sup>598</sup> GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, pp. 68-70, p. 215, p. 229.

<sup>599</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 121.

<sup>600</sup> Ibíd., p. 198.

<sup>601</sup> Ibíd., p. 199.



“La legislación de cada pueblo, para constituir una normativa que encarne las exigencias de la conciencia colectiva y se amolde a lo que más conviene a su carácter propio, debiera inspirarse en tal proyecto. En otra forma, la legislación no corresponderá al sentimiento de la comunidad que debe regir y se reducirá a un artificioso conjunto de reglas impuestas por la fuerza que las implanta o respalda, pero resistidas internamente por los componentes de aquélla (...) Con ello hemos expresado que una legislación que se parte de ese proyecto concreto de vida social, constituirá un Derecho impuesto más o menos arbitrariamente, pero no algo sentido como la normativa natural que ese pueblo demanda, por acomodar mejor sus aspiraciones más profundas”<sup>602</sup>.

De este “proyecto concreto de vida social” o la “realidad social viva”<sup>603</sup>, se deriva el “Derecho socialmente imperante” –y que también denomina “derecho vivo”<sup>604</sup> como EHRLICH- que consiste en “las prácticas jurídicas que los miembros de la comunidad reconocen y admiten en su vida real, ajustándose de hecho a ellas”<sup>605</sup>.

Dentro de este “Derecho formalmente impuesto” NOVOA apunta como principal actora a la ley, entendiendo por ésta tanto “el sentido material del término –regla obligatoria de conducta social impuesta por la autoridad estatal- como en su sentido formal de norma jurídica emanada del poder legislativo (...) a toda norma o prescripción que el hombre que vive en sociedad debe obedecer obligatoriamente, como ser, decretos del poder ejecutivo, reglamentos, ordenanzas municipales y leyes en sentido formal”<sup>606</sup>.

COVER intenta mostrar dos modos en que se entiende el derecho, partiendo a su vez de dos modelos distintos: el “modelo paideico” y el “modelo imperial”<sup>607</sup>. Éste último sería aquél del derecho de la comunidad civil, con normas pretendidamente universales y aplicada por instituciones, en las que se espera que sean eficaces y no aprendidas, de un derecho objetivo, con compromisos interpersonales débiles y obligaciones mínimas de abstenerse de violencia y de coerción, de normas de aplicación imparcial y neutral. El “modelo paideico”, por el contrario, se produce por un proceso colectivo o social producido en la base social de formación o construcción del derecho que llama “jurisgénesis”<sup>608</sup>, y que entiende el derecho como un “universo normativo”<sup>609</sup>, como significado jurídico, nada relacionado con lo hermenéutico dogmático, sino más bien como significado cultural, si se quiere, como significado trascendente en una colectividad o conglomerado social y que es lo que llama “nomos”<sup>610</sup>, el cual está hipostasiado a la narración de ese conglomerado, porque derecho y narración son inseparables<sup>611</sup>. La narración vendría siendo algo así como la historia común en la que se reconocen los miembros de una comunidad, y en la que el derecho se vive como aprendizaje y como parte de su historia. Si tuviéramos que simplificarlo y ejemplificarlo, lo relacionaríamos con la Torá para el pueblo judío, ejemplo que COVER pone en todo caso. Encuentra que en el “modelo imperial” está disociada la organización social del derecho en tanto poder y la organización social del derecho en tanto significado<sup>612</sup>, no así en el “modelo paideico”.

---

<sup>602</sup> Ibid., pp. 198-199.

<sup>603</sup> Ibid., p. 31.

<sup>604</sup> Ibid., p. 30, p. 31.

<sup>605</sup> Ibid., p. 29.

<sup>606</sup> Ibid., p. 48.

<sup>607</sup> COVER, ROBERT, Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial, [Christian Courtis], Gedisa Editorial, Barcelona, 2002, p. 28, p. 29.

<sup>608</sup> Ibid., p. 25.

<sup>609</sup> Ibid., p. 27.

<sup>610</sup> Ibid., p. 15.

<sup>611</sup> Ibid., p. 16.

<sup>612</sup> Ibid., p. 36.

Esta visión abre también el foco a otras experiencias jurídicas que surgen de una suerte de partición de la ley o “mitosis” que COVER también denomina “polinomia”<sup>613</sup>. De algún modo esto podría extenderse a experiencias coexistentes como el Islam, o a “autonomías insulares”<sup>614</sup>, tales como los pueblos autóctonos, como por ejemplo en Chile y Argentina lo serían los mapuches y su *Az-mapu*.

## 5. RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN ENTRE DERECHO VIVO Y DERECHO PENAL O LA MATERIALIDAD DEL DERECHO PENAL

La existencia de un derecho vivo, como ya se había señalado, de una infraestructura espontánea o inorganizada como señala GURVITCH<sup>615</sup>, es fruto de la actividad humana, de las prácticas y usos que se cristalizan en conductas normativas, de consideraciones sociales que adquieren valor en relaciones sociales o formas de comportamiento consensuado que reflejan ese valor o se apartan de él. En el seno de esta actividad y como fruto de ella surge el derecho, como producto de dicha actividad. Es así como Modestino lo refiere en la cláusula *Ergo omni jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo*<sup>616</sup>. Siendo así, el derecho tiene su fundamento en el pueblo y su costumbre, lo que implica que su sustrato es su actividad, sus relaciones sociales finalmente. En esto se podría resumir, finalmente, un significado de materialidad para el derecho.

En esa relación “viva” o material, aún se expresa el derecho penal, no necesariamente como reglas estatales y escritas, sino más bien en ciertas prácticas que posteriormente se recogen estatal y normativamente, que, y tal como expresa NOVOA, rigen “aún con el hombre que no vive en sociedad”, como por ejemplo, “la legítima defensa”<sup>617</sup>. Del mismo modo en otros casos, como en el ejercicio legítimo de un derecho, en el cual y como señala CURY, “no es necesario que la facultad aparezca expresamente establecida por la ley; la existencia de un derecho puede también deducirse de normas consuetudinarias o mediante una interpretación analógica; lo decisivo es el contexto del ordenamiento en su conjunto”<sup>618</sup>. En este caso se ha reconocido por los autores de forma específica tal ejercicio legítimo para el caso del derecho indígena<sup>619</sup>. También en otros

---

<sup>613</sup> Ibíd., p. 69.

<sup>614</sup> Ibíd., p. 47.

<sup>615</sup> GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, pp. 68-70, p. 215, p. 229.

<sup>616</sup> “Así todo derecho es establecido por el consentimiento de los pueblos o es introducido por la necesidad o confirmado por la costumbre” (D.1, 3, 2. En KRIEGEL; HERMANN; OSENBRÜGGEN, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, [trad. D. Ildelfonso L. García del Corral], Primera Parte “Digesto”, Tomo III, 1897).

<sup>617</sup> NOVOA, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno*, Parte General, Tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, nota al pie N° 1, p. 13.

<sup>618</sup> CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal, Parte General*, 7ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 382. En el mismo sentido, p. 360: “Ejercita un derecho no sólo quien puede fundarlo en preceptos positivos, sino también el que puede deducirlo del contexto del ordenamiento jurídico y, por eso, también del derecho consuetudinario”.

<sup>619</sup> COUSO SALAS, JAIME, “Mapuches y Derecho penal”, *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*, Centro de Derechos Humanos UDP, Santiago de Chile, 2013, pp. 155-252, p. 212. Si bien en un principio CURY parece negar al derecho indígena la atribución de una jerarquía de un derecho consuetudinario, y que dichas prácticas no han tenido influencia en el derecho penal chileno (en referencia a opinión de NOVOA), encuentra que esta afirmación no es incontrovertible. “Por una parte —señala CURY—, aún no se ha estudiado bastante hasta qué punto dichas costumbres condicionaron las instituciones del derecho penal indiano, ni las proyecciones que éste pudo tener sobre la legislación de la República independiente y su desarrollo. Por la otra, tampoco se ha hecho una valoración respecto a la medida en que tales prácticas han pervivido en la conciencia de algunas comunidades, determinando, acaso, las decisiones de la jurisprudencia y, con eso, la interpretación de las normas vigentes, que no siempre es consistente con la que se da a sus modelos en los países europeos de los que se los tomó. Este es uno de los campos que aún se encuentran

casos relativos a la unidad jurídica en la pluralidad de acciones<sup>620</sup>, y al delito continuado<sup>621</sup>.

Todo ello no es más que el reflejo de la interacción entre derecho y sociedad que debe sustentar una investigación para la ciencia penal, tal y como lo expresa JAKOBS comentando a FRANK:

“La obra de *von Frank* presenta ciertamente los acoplamientos estructurales señalados, pero en cambio *no* presenta otros, entre los que destaca el hecho de que el autor se limita al tratamiento de problemas de conexión e interacción *al interior* del Derecho, mientras que no plantea la pregunta acerca de las conexiones e interacciones *del Derecho con la sociedad*, o al menos no lo hace en forma abierta. Lo que aparece cuando se observa al Derecho desde afuera sólo se manifiesta como un reflejo, concretamente en la exposición de la relación entre norma y proposición jurídico-penal concreta. Se trata de la cuestión acerca de si es necesario aceptar una norma prohibitiva *anterior* al Derecho penal, como sostenía conocidamente *Binding*. La situación se vuelve complicada en cuanto se pregunta de dónde viene una norma semejante. En la medida en que se designa como fuentes a otras ramas del ordenamiento jurídico, en especial el Derecho civil o el Derecho de policía, la respuesta a esa pregunta no resulta comprometedora. Pero comienza a serlo en cuanto se concibe dicha norma como una producción *informal* de la sociedad, que determina con anterioridad a la ley penal qué conductas son materialmente antijurídicas”<sup>622</sup> [énfasis del autor].

GARLAND, por ejemplo y en relación a la pena, pone en evidencia un significado social del castigo más amplio<sup>623</sup>, al entender que como los procesos sociales se encuentran “inmersos en una red social amplia”<sup>624</sup>, el castigo también es un “estilo cultural” que si bien técnica, igualmente dicha técnica “es moldeada por todo un proceso histórico cultural”<sup>625</sup>. “Las formas específicas de castigo –señala GARLAND- dependen de circunstancias sociales e históricas menos evidentes, que incluyen el discurso político y formas específicas de conocimiento, las categorías legales, moral y cultural, y patrones específicos de sensibilidad y organización emotiva”<sup>626</sup>. Es así como “el castigo interactúa con su ambiente, formando parte de la configuración de elementos que abarca el mundo social”<sup>627</sup>.

Para nosotros es razonable entender, y en virtud de las reflexiones de GARLAND, que la penalidad es moldeada por su proceso histórico cultural e interactúa con su ambiente social y cultural. El derecho penal deja de ser un ente que necesariamente ha de mirarse verticalmente, por el contrario, incide y es incidido a su vez, en las mismas bases de la estructura social.

---

abiertos a la investigación histórico-jurídica” (CURY URZÚA, ENRIQUE, *Derecho Penal, Parte General*, p. 153).

<sup>620</sup> “el delito es único cuando la acción es *naturalmente única*; pero también lo es en aquellos casos en los cuales el ordenamiento positivo o el derecho consuetudinario ha creado una *unidad jurídica* sobre la base de una pluralidad de acciones” (Ibid., p. 650 y en relación a p. 653).

<sup>621</sup> Ibid., p. 653.

<sup>622</sup> JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho penal como disciplina científica*, [trad. ALEX VAN WEEZEL], Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 16-18

<sup>623</sup> GARLAND, DAVID, *Castigo y sociedad moderna*, p. 24.

<sup>624</sup> Ibid., p. 25

<sup>625</sup> Ibid., p. 35

<sup>626</sup> Ibid., p. 37

<sup>627</sup> Ibid., p. 38

De ahí que se expresara por TERRADILLO BASOCO lo siguiente:

“La importancia de la participación popular en este etapa del proceso legiferante no necesita ser subrayada, porque la interiorización de los principios cardinales del Código Penal depende de su previa clarificación y fundamentación, lo que, a su vez, requiere que estos principios sean susceptibles de una discusión racional y objetiva. Sólo así se podría afirmar si la voluntad estatal, que se manifiesta en la ley penal ha logrado o no formas de argumentación político-jurídica inobjetable desde el punto de vista material”<sup>628</sup>.

Lo dicho hasta aquí, nos conduce al así llamado “contenido material” del delito.

Ya es habitual la distinción entre el contenido formal y el contenido material del delito, y como el primero se identifica con la norma, y el segundo con la “esencia del delito”<sup>629</sup>, las necesidades sociales<sup>630</sup>, como daño a las condiciones de la convivencia social, del orden jurídico y social, o con los de valores sociales<sup>631</sup>, o donde los delitos sean formas de conductas según la realidad concreta de las cosas y conforme a nuestro orden jurídico y social<sup>632</sup>. Todo esto se reduciría, para algunos, en el concepto de lesividad social<sup>633</sup>.

Se ha dicho que ha habido una sustitución del modelo tradicional<sup>634</sup> o desplazamiento del centro de gravedad de los delitos de lesión<sup>635</sup>, de bienes jurídicos individuales, por uno donde priman delitos de peligro abstracto incluso presunto, delitos de protección colectiva y bienes jurídicos difusos. Pero lo cierto es que esto, como reconoce la misma doctrina, está lejos de encontrarse resuelto<sup>636</sup>. En primer lugar, ni todos los llamados delitos clásicos o nucleares son delitos de lesión, ni tienen como objeto de protección o ataque, bienes jurídicos individuales. En segundo lugar, se agrega que para la interpretación de algunos de estos “nuevos” tipos penales la doctrina exige la “directa” lesión o peligro a determinados bienes jurídicos (en España, como en los delitos socioeconómicos<sup>637</sup>, o en los delitos contra la ordenación del territorio<sup>638</sup>), o una “aptitud lesiva” como contenido penal del injusto (como en los casos de los delitos contra la salud pública)<sup>639</sup> o de contenido material al bien jurídico (tráfico rodado)<sup>640</sup>, lo que lleva a tener una actitud de crítica contra los tipos formales incluso para demandar su eliminación<sup>641</sup>.

<sup>628</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense*, N° 63, 1981, pp. 123-150, p. 125.

<sup>629</sup> ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, [trad. Izquierdo Macías-Picavea], Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979, p. 97.

<sup>630</sup> ROXIN, CLAUS, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, [trad. v.v.a.a.], Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 320.

<sup>631</sup> ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, p. 98.

<sup>632</sup> ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, p. 100.

<sup>633</sup> ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, p. 99.

<sup>634</sup> SERRANO TÁRRAGA, MARÍA DOLORES, “La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, jul. 2005, vol.18, No.1, pp. 213-237, [Disponible [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000100009&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100009&lng=es&nrm=iso)], [fecha de visita: 04/09/2014].

<sup>635</sup> ROXIN, CLAUS, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, p. 324.

<sup>636</sup> ROXIN, CLAUS, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, pp. 324-325.

<sup>637</sup> MARTOS NUÑEZ, JUAN ANTONIO, *Derecho Penal Económico*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987, p. 412.

<sup>638</sup> ALCALÉ SANCHEZ, MARÍA, “Delitos sobre la ordenación del territorio”, TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal del medioambiente*, Editorial Trotta, 1997, pp. 13-34, p. 24.

<sup>639</sup> HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanche, Valencia, 1995, p. 59.

Todo esto significa que el concepto de 'contenido material' no se ha ausentado de tener un lugar importante en la discusión de la doctrina penal, y que éste habría de ser un segundo significado de materialidad.

El sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL entiende que este contenido material se encuentra relacionado con el bien jurídico (penal): La "norma", y en tanto tipo penal, está determinada materialmente por el bien jurídico" y éste a su vez "da contenido material al injusto"<sup>642</sup>.

Pero fuera de ello, y a priori, el bien jurídico expresa igualmente la materialidad en el primer significado. POLITOFF; GRISOLÍA y BUSTOS (interpretando a VON LISZT) señalan –sin estar de acuerdo con el concepto de interés como sinónimo de bien jurídico– que "los bienes jurídicos son precisamente intereses tutelados mediante el Derecho. Dichos intereses no los crea el ordenamiento jurídico, *sino la vida misma*"<sup>643</sup> [el destacado es nuestro y se suple el resaltado de los autores]. Es la vida misma quien se expresa, o debiera expresarse a través del bien jurídico, y la vida misma quien primeramente lo produce, pero proveniente de la actividad humana que tiene existencia histórica real y concreta: "la doctrina de los bienes jurídicos –expresa NOVOA MONREAL– tiene cabida en una elaboración social teórica *si se asigna a esos bienes su verdadero carácter de valores emanados de una concreta e histórica forma de concebir la sociedad*"<sup>644</sup>.

Bajo este concepto, el derecho penal, deja de ser simplemente el derecho formalizado, el derecho estatal, siendo éste parte del concepto de derecho penal pero de forma general. Derecho penal es derecho formal, pero igualmente, derecho informal o vivo, el cual está íntimamente relacionado con el bien jurídico.

## II. LA TESIS DEL BIEN JURÍDICO Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO VIVO

### 1. PRELIMINARES

Optamos, para los análisis siguientes, por la tesis del bien jurídico por sobre la tesis de la función normativa de estabilización del sistema social, del funcionalismo extremo de JAKOBS, plegándonos para su no elección, a las críticas ya formuladas por la doctrina penal<sup>645</sup>, y además, por tener aquélla como base solo la definición social, omitiendo así una materialidad que previamente fundamente las definiciones sociales.

---

<sup>640</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M<sup>a</sup> JOSÉ, "El tipo del art. 380 del Código Penal: una propuesta interpretativa", VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE, *Derecho penal y seguridad vial*, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 191-228, p. 200.

<sup>641</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Parte Especial, 2<sup>o</sup> edición, Tirant lo Blanche, Valencia, 2005, p. 432.

<sup>642</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, el hecho y la necesaria reforma del sistema penal español", en V.V.A.A., *Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 187-208, pp. 198-199; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Nuevo sistema de derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 107.

<sup>643</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, p. 25.

<sup>644</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo, *La evolución del derecho penal en el presente siglo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 72.

<sup>645</sup> Uno de los elementos importantísimos, sino el más importante, en los que se afirma el sistema de producción del derecho penal, es sin duda alguna el bien jurídico. No es posible para nosotros acoger la tesis del aseguramiento de la vigencia de las normas, ya que no sólo el núcleo de la identidad social y normativa, como así lo ha señalado el propio SILVA SÁNCHEZ, está lejos de ser precisado (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2<sup>o</sup> edición), p. 128), sino además es inestable por su dependencia al solo funcionamiento del sistema social como parámetro. Vid. sus críticas en HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, "Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", fundamentalmente pp. 125-126.

Para precisar esta relación con el derecho vivo, expondremos a grandes rasgos la distinción existente entre las que llamamos tesis unitarias y multipartitas del bien jurídico, para luego referirnos a las posturas aquí seleccionadas sobre el contenido material del bien jurídico.

## 2. TESIS MULTIPARTITA EN LA RELACIÓN ENTRE EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO Y LA REALIDAD

Respecto del tratamiento del bien jurídico, fuera de todas las cuestiones que han sido discutidas respecto de éste, una de ellas ha sido la relación del bien jurídico con la realidad respecto de la cual pretende regularse a través de normas penales. Esta cuestión ha conducido a una *tesis unitaria*, para la cual el concepto de bien jurídico indica una sola realidad, como por ejemplo, la de BINDING en que no se discute más realidad que el bien jurídico que tiene exclusiva existencia normativa. Pero con posterioridad, y dado a la complejidad de la precisión del bien jurídico, surge una *tesis multipartita*, en razón de la cual, la relación entre el concepto de bien jurídico y la realidad, se expresa en más de un sentido.

Es así como esta sección tiene por objeto el revisar aquellas posturas que estimamos más representativas de esta última posición, señalándole igualmente algunas críticas a ellas. Esto con el objeto de exponer la existencia de posturas que plantean más de un significado al analizar la relación del concepto bien jurídico con la realidad. Es así como se revisarán las tesis bipartitas y tripartitas<sup>646</sup>, representando a la primera, las de ROXIN, HEFENDEHL, AMELUNG, LASCURAIN; y la tripartita de SCHULENBURG<sup>647</sup>.

### a. La postura de ROXIN

ROXIN en su *Derecho Penal* (traducción de la segunda edición de su *Strafrecht*), señala la distinción entre “bien jurídico” y “objeto de la acción”, por lo que ejemplificativamente distingue entre la pureza del tráfico probatorio (bien jurídico) y el documento falsificado (objeto de la acción) en la falsedad documental; y la propiedad y posesión (bien jurídico), y la cosa ajena (objeto de la acción) sustraída en el hurto. En algunos casos coincidiría, como la vida humana, en el homicidio, aunque en la realidad es la persona concreta cuya vida es agredida el objeto de la acción. Cierra este pensamiento del modo siguiente: “Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción”<sup>648</sup>.

En la cuarta edición de su *Strafrecht*, resistemiza las clases o formas de coincidencia entre objeto de la acción y bien jurídico, señalando que la primera opción es la coincidencia tanto de forma como de contenido; la segunda opción es la coincidencia es solo de contenido (sustancial), pero no de forma, es en el homicidio, donde el objeto de la acción es la persona (hombre), pero el bien jurídico es la ‘vida’. La tercera opción es la

<sup>646</sup> Nomenclatura utilizada en este sentido por ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, N° 18, 2010, pp. 1-44, p. 17; <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>, fecha de visita: 29/11/2013.

<sup>647</sup> Habría de contarse igualmente en ésta la de ABANTO Sin embargo no presenta básicamente diferencias con la de SCHULENBURG, siendo además esta última cronológicamente primera.

<sup>648</sup> ROXIN, CLAUDIUS, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 443-458, p. 63.

separación entre bien jurídico y objeto de la acción, como en el caso del robo o la falsedad documental [en iguales términos que la edición anterior], donde no existe coincidencia alguna entre objeto de la acción y bien jurídico<sup>649</sup>.

## **b. La postura de HEFENDEHL**

HEFENDEHL distingue entre bien jurídico y el objeto de la acción (que también denomina “objeto material” y “objeto de la conducta”<sup>650</sup>). Solo del “curso puramente externo de la acción inculpada” es posible obtener el objeto de la acción y sin tener en consideración la “contrariedad de la norma”<sup>651</sup>. Aunque no lo señala expresamente, ello habría de indicar entonces, que del resultado de la contrariedad de la norma se puede observar un objeto de la acción, ello entonces habría de ser un bien jurídico. Ambos no serían lo mismo, para el autor.

De esta relación (de diferenciación), y en términos similares a los señalados en ROXIN, surgen tres técnicas legislativas: a) “coincidencia formal y de contenido”, el bien jurídico sirve para formular el tipo, siendo coincidentes bien jurídico y objeto de la acción, como en los delitos de estafa donde el patrimonio sirve para describir el objeto de la acción; b) “coincidencia sólo [sic] de contenido”, por ejemplo en los delitos contra la vida donde el bien jurídico es la vida humana, pero el objeto material es la persona, pero tienen el mismo contenido en la interpretación de los delitos contra la vida; c) no hay coincidencia alguna, donde se prohíbe un suceso que no es considerable como lesión de un bien jurídico. Tomando una idea de MAURACH señala que el objeto de la acción es un representante del bien jurídico, y que esa relación se produce de tal modo que mientras menos estrecha la relación de representación entre ambos, menos se puede hablar de un representante.

## **c. La postura de AMELUNG**

La tesis de AMELUNG, a grandes rasgos, comienza señalando una distinción entre objeto y bien jurídico, y como no se identifica el objeto de la acción con el objeto jurídicamente protegido. AMELUNG considera ‘objetos protegidos’ tanto la vida como la propiedad.

En el caso de la vida –y utilizando la nomenclatura de SEARLE- clasifica a ésta como dentro de los señalados hechos “brutos”, a diferencia de la propiedad correspondiente a los “institucionales”, entendiendo que el primero “es el *objeto en sí* que disfruta de protección penal” [resaltado es nuestro]<sup>652</sup>.

En los institucionales, la cosa es el objeto físico, por ejemplo artefacto de traslado, papel escrito, y el objeto protegido, en cuanto propiedad o instrumento, automóvil, coche o carro, instrumento. En el primer caso, el derecho penal protege a la vez que un objeto físico, los objetos de protección; en el segundo caso, hay solo un objeto de protección

<sup>649</sup> ROXIN, CLAUDIUS, *Strafrecht*, Allgemeiner, Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H.Beck, München, 2006, p. 34.

<sup>650</sup> HEFENDEHL, ROLAND, “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico*, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 179-196, pp. 180-181.

<sup>651</sup> *Ibid.*, p. 180.

<sup>652</sup> AMELUNG, KNUT, “El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, pp. 242-243.

(prevaricación, perjurio) donde se protegen “posibilidades de acción”, como las posibilidades de comunicación en la injuria, procesos sociales en el perjurio y en la prevaricación, por ejemplo.

Los hechos brutos no son contruidos socialmente, pero el bien jurídico solamente lo define el legislador: “la relación entre el bien jurídico y el objeto del delito no la determina la noción platónica de la idea y el fenómeno, sino el legislador”<sup>653</sup>.

Rechaza bienes jurídicos aparentes y espiritualizados.

Señala además que, y para salvar ciertas confusiones en la delimitación y forma de los bienes jurídicos, debería haber una precisión de las “proposiciones normativas” referidas al bien jurídico, esto es, la diferenciación entre ser y deber ser. Ello implica que el autor pretende salvar el problema de la falacia naturalista. Para evitar la espiritualización de los bienes, se hace necesario considerar proposiciones tales como “cuando el derecho penal deba proteger algo, sólo [sic] serán legítimas aquellas normas que protejan algo real y lesionable”<sup>654</sup>.

La importancia del lenguaje también se refleja en la adecuada descripción del bien jurídico. Como ejemplo considera el §123 StGB, donde normalmente se entiende la “inviolabilidad de la propiedad” el bien jurídico, pero el único elemento descriptivo induce a pensar en lugares techados lo que no permitiría la protección en todo lugar, con lo que el bien jurídico es más bien la “pacífica propiedad”<sup>655</sup>.

#### **d. La postura de LASCURAIN**

LASCURAIN, fuera de indicar que se trata de un concepto teórico y no descriptivo<sup>656</sup>, señala que un momento histórico del concepto de bien jurídico, se acuña un concepto material, de crítica, liberal, político-criminal y trascendente del sistema jurídico formal, donde pretende dársele contenido al bien jurídico, considerando ‘bienes’ como condicionantes de la legitimidad y validez de las normas jurídico-penales. Esto, claramente establece ya una diferencia con el concepto “formal” de bien jurídico que colige BINDING<sup>657</sup>, y que representa una de las dos teorías del bien jurídico<sup>658</sup>, en contraposición a la segunda teoría representada por el concepto anterior<sup>659</sup>. Para LASCURAIN se produce una equivocidad del término. “Dada la equivocidad constatada del concepto de bien jurídico –señala el autor- y dado que lo que es no tiene por ello por qué deber ser, no es de extrañar que determinados objetos sean bienes jurídicos en el primer sentido del término y, a la vez, no lo sean en la segunda de las acepciones, y viceversa”<sup>660</sup>. Para el autor, y para evitar consecuencias “perniciosas” de la aplicación en los términos, bastaría una “simple especificación lexicológica de conceptos” entre “el objeto de protección de la norma, con independencia de su valor o de su oportunidad, y el objeto legítimamente protegible, con independencia de su legitimidad jurídica”, debiendo reservarse para el primero, el término de bien jurídico, y para el segundo la “locución bien

---

<sup>653</sup> Ibid., p. 244.

<sup>654</sup> Ibid., p. 257.

<sup>655</sup> Ibid., p. 258.

<sup>656</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 119.

<sup>657</sup> VON LISZT señala: “Un bien jurídico no es mi bien del Derecho (como Binding y otros suponen), sino un bien de los hombres, reconocido y protegido por el Derecho” (VON LISZT, FRANZ, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, nota al pie N.º p. 6).

<sup>658</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 119.

<sup>659</sup> Ibid., p. 120.

<sup>660</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 254.



protegible” u “objeto protegible”<sup>661</sup>, donde el primero se refiere al ser, y el segundo al deber ser del bien jurídico<sup>662</sup>.

Tres son los argumentos que se esgrimen en defensa de su tesis de la diferenciación terminológica<sup>663</sup> o especificación lexicológica del bien jurídico<sup>664</sup>.

El primero, que podríamos llamar *lingüístico*, se basa, en primer lugar, y como argumento *sintáctico*, a la referencia del bien jurídico en uso del término “jurídico” que denota ya un sentido formal y positivo del término. En segundo lugar, que podría ser *semántico*, puesto que según el autor, el usar el término ‘bien jurídico’ “en clave político-criminal” provoca “dificultades semánticas”, lo que significa “forzar el significado habitual de las palabras, y salvo especificación previa, hace extraño el uso del concepto en el discurso”<sup>665</sup>. “Así –acota el autor-, en contra del sentido común del lenguaje, resultará que un objeto de efectiva protección jurídica podrá no ser un bien jurídico y que existirán bienes jurídicos que no ostentan entre sus características las de ser objeto de efectiva consideración positiva por parte del Derecho. Sucederá también que existirán delitos sin bien jurídico, incluso en el caso que la norma de valoración se refiera inequívocamente [sic] a un objeto como referencia descriptiva de las conductas no deseadas. Quedaría así desmentida la generalizada opinión de que todo delito supone la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico”<sup>666</sup>.

El segundo argumento, el que el autor denomina como “genético”<sup>667</sup> o “histórico”<sup>668</sup>, se basa en una conclusión de AMELUNG en su estudio sobre el bien jurídico, donde refiere al bien jurídico como un producto del positivismo, y como tal, para LASCURAÍN, habría de significar históricamente un concepto formal<sup>669</sup>.

El tercer argumento, el que podríamos llamar *dogmático*, señala que el concepto crítico-material tiene dificultades teóricas en la aplicación del estado de necesidad en el “ordenamiento español, tales como si un sujeto lesiona típicamente un objeto de protección de una norma injusta en estado de necesidad, la aplicación de éste se verá dificultada por la ausencia de “lesión de un bien jurídico”<sup>670</sup>.

Termina el autor, por considerar que asignado el término ‘bien jurídico’ a la definición material, produce confusión, y que por ende, habría de reservarse su uso al concepto dogmático<sup>671</sup>, formal<sup>672</sup>, “para el concepto que transmite lo protegido: para nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal”<sup>673</sup> y “a través de la pena”<sup>674</sup>. Así, el término ‘bien jurídico’ habría de estar limitado a designar al ser de la norma<sup>675</sup>,

---

<sup>661</sup> Ibíd., p. 255.

<sup>662</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 120.

<sup>663</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 255; LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 121.

<sup>664</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 255.

<sup>665</sup> Ibíd., pp. 255-256.

<sup>666</sup> Ibíd., p. 256.

<sup>667</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 124.

<sup>668</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 256.

<sup>669</sup> De hecho AMELUNG reconoce en alguna medida, esta dualidad, al concebir una “noción prejurídica de bien positivo”, es decir, un bien “suprapositivo”, consensuado sobre la base de “valoraciones supralegales” (AMELUNG, KNUT, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, pp. 238-239).

<sup>670</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 256.

<sup>671</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 123, p. 126.

<sup>672</sup> Ibíd., p. 134.

<sup>673</sup> Ibíd., p. 121.

<sup>674</sup> Ibíd., p. 136.

<sup>675</sup> Ibíd., p. 141.

mientras que el para el deber ser, habría de reservarse la expresión de objeto penalmente protegible<sup>676</sup>, o simplemente “lo protegible”<sup>677</sup>.

“El bien jurídico –señala LASCURAÍN- es un concepto formal, valorativamente neutro, que transmite la decisión del legislador, pero que nada dice acerca de si la misma es una buena decisión: si existen buenas razones para la pena. El bien jurídico, sí, ayudará al análisis crítico en cuanto que ayuda a su descripción, pero carece en sí mismo de toda disposición crítica en relación con lo descrito”<sup>678</sup>.

De mantenerse esta diferenciación, no se corre riesgo de desechar el contenido crítico-material del concepto de bien jurídico con una orientación constitucional. “Al condicionarse la calificación de un objeto como bien jurídico a su reconocimiento por la Ley Fundamental, se está afirmando su indiscutible juridicidad y, por lo tanto, la irreprochable sintonía entre expresión y contenido. Además, si la Constitución contempla la posibilidad y los mecanismos necesarios para expulsar del ordenamiento aquellas normas penales cuyo objeto de protección no sea un “bien jurídico”, un bien constitucional, regirá sin excepciones la asignación a cada norma penal de un bien jurídico”<sup>679</sup>.

#### **e. La postura de SCHULENBURG**

SCHULENBURG hace referencia a una tripartición entre objeto de acción, el objeto “que encarna el bien jurídico protegido”<sup>680</sup>, y el bien jurídico, a propósito de la idea propuesta por la autora de la existencia de un resultado en los delitos de peligro abstracto.

El “objeto de la acción” sería la “entidad realmente existente que pueda ser causalmente modificada o perjudicada por el comportamiento humano”<sup>681</sup>, como la persona y el cuerpo en los tipos de homicidio y lesiones, el patrimonio, la cosa sustraída, el documento falsificado, el espacio concreto incendiado. El “objeto del bien jurídico” es la encarnación del bien jurídico, como en los tipos de homicidio y lesiones es la persona viva y el cuerpo como concreción de la vida e integridad física, el dominio sobre una cosa como encarnación del bien jurídico ‘propiedad’. El bien jurídico sería un valor abstracto e ideal, el cual no puede ser dañado o amenazado, sino el objeto del bien jurídico.

Pone como ejemplo, entre otros, el §306a párrafo 1 StGB (“será castigado quien destruya total o parcialmente por medio del incendio o quien ponga fuego a un edificio, un barco, una cabaña u local que este destinada a la vivienda de personas”). El espacio sería el objeto de la acción (edificio, barco, cabaña o local), y las personas vivas o sus cuerpos serían el objeto del bien jurídico, y porque encarnan la vida y la integridad física. En el caso del §249 StGB (robo con violencia o intimidación en las personas), no es solo el dominio sobre la cosa el objeto del bien jurídico sino también el bien jurídico de la libertad personal.

En este caso, sería delito de lesión y resultado cuando se tiene como “objeto de referencia” el objeto de la acción que es aquel “afectado inmediatamente por el hecho

<sup>676</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 261.

<sup>677</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 144.

<sup>678</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>679</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, p. 256.

<sup>680</sup> SCHULENBURG, JOHANNA, “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 349-362, p. 353.

<sup>681</sup> *Ibid.*, p. 355.

punible<sup>682</sup>, y un delito de mera actividad y peligro contra el objeto que encarna el bien jurídico vida humana al no considerar consecuencias para la integridad física, con lo cual podría ser a la vez que delito de peligro abstracto, delito de resultado. Así por ejemplo en el caso del §224 StGB párrafo 1 N° 5 (“Quien cometa la lesión corporal por medio de un tratamiento que pone en peligro la vida”), la lesión conlleva la lesión de la integridad física y al mismo tiempo pone en peligro la vida de la persona. “En este sentido –señala SCHULENBURG-, resulta relevante que los objetos del bien jurídico que encarnan bienes jurídicos individuales puedan ser protegidos de manera efectiva a través de delitos de lesión y de peligro concreto, mientras que para la protección de objetos de bien jurídico incardinables bajo bienes jurídicos colectivos, sólo entren en consideración en todo caso delitos de peligro abstracto”<sup>683</sup>.

#### f. La postura en el SISTEMA BUSTOS/HORMAZÁBAL<sup>684</sup>

En la tesis de BUSTOS del bien jurídico, es posible inferir diferencias en el patrimonio conceptual y terminológico utilizado en sus textos y respecto del ‘bien jurídico’, una visión multipartita, y en específico, bipartita. Y se hace necesario para ello un análisis que distinga dicha bipartición, debido a que ésta no se encuentra expresamente señalada.

Tanto en BUSTOS como en HORMAZÁBAL<sup>685</sup>, el término “bien jurídico” es disémico, con lo que contiene una bivocidad, ya que se refiere a dos sentidos conceptualmente distintos y específicos<sup>686</sup>.

En primer lugar, surge esta diferenciación en la exigencia de congruencia entre norma y bien jurídico, como relaciones de continente a contenido entre el primero y el segundo.

En efecto, y de acuerdo a lo señalado por BUSTOS, la norma “surge del contenido del bien jurídico, y está relacionado con él”<sup>687</sup>. Por lo que la norma penal, refiérese a un contenido objetivo y concreto, que no responde a un bien jurídico espiritualizado y/o

---

<sup>682</sup> Ibíd., p. 353.

<sup>683</sup> Ibíd., p. 359.

<sup>684</sup> MATUS lo denomina como “sistema de Bustos/Hormazábal” (MATUS, JEAN PIERRE, “Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo”, Colecciones de Ciencias Penales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 19). Anteriormente en MATUS, JEAN PIERRE, “Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales”, *Revista Universum*, N° 11, 1996, p. 130 [Disponible online: <http://universum.utalca.cl/contenido/index-96/matus.pdf> ], [fecha visita: 27/12/2013]. Nosotros lo denominamos de la manera en que aparece.

<sup>685</sup> Respecto de HORMAZÁBAL las descripciones más pródigas respecto al bien jurídico, sin duda que las efectúa en su libro *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, del cual utilizaremos la versión española de la primera edición, esto es la de 1991 –sin perjuicio de otros textos, por cierto-, ya que la segunda edición en Chile en 1992, es prácticamente –aún en el conteo de sus páginas- idéntica a la de 1991 (existe de hecho una denominada “segunda edición” en Santiago de Chile de la Editorial Lexis-Nexis, año 2006, respecto de la cual no se tuvo mucho cuidado a la hora de coordinarla con la segunda edición de 1992. En esta última se señala de forma expresa, en la referencia inicial, que se trata de la segunda edición. Sin embargo, la edición del 2006 de la Editorial señalada, la considera como 1º (¿?). Por lo cual, y en los hechos, esta última edición del 2006 representa en realidad una tercera edición, curiosamente signada como segunda).

<sup>686</sup> AMELUNG señala que el concepto de bien jurídico “que puede inferirse del Derecho positivo es un instrumento polivalente de la argumentación jurídico-penal” (AMELUNG, KNUT, “El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, p. 263). Al parecer esta afirmación no necesariamente está en el mismo camino que el aquí propuesto, ya que AMELUNG distingue entre ciertos objetos como prejurídicos, como en el caso de los objetos físicos para algunos casos, y por el otro lado, objetos de protección positivos y bienes jurídicos como tales, creados por el legislador. Sus alcances son distintos, como habrá de verse con mayor detalle en el Capítulo II a continuación.

<sup>687</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, pp. 78-79.

formal<sup>688</sup>, ni tampoco a objetividades presupuestas por un objeto metafísico u ontológicamente determinado<sup>689</sup>, sino algo desprendido de la realidad<sup>690</sup>, como los son relaciones sociales concretas<sup>691</sup>, y por ende, no de exclusiva y única factura normativa.

Así, tanto norma como bien jurídico, son producto o encuentran su origen en una relación social<sup>692</sup>, y como tal en la realidad social<sup>693</sup>. Por decirlo de alguna manera, encuentran una doble fuente de relación, que es el carácter directo de relación por surgir la norma del contenido del bien jurídico, y en un carácter indirecto, por ser partícipes de idéntica relación social en su construcción asociada. De ahí que se exprese por BUSTOS, el que se encuentren ineludible<sup>694</sup>, e indisolublemente ligados<sup>695</sup>. Hay, si se quiere, un diálogo entre ambos, una interacción, ya que por un lado el bien jurídico en cuanto concepto crítico, examina el objeto de la norma, para constatar “la vigencia de la necesidad de la protección” de dicho objeto, y por otro, la norma produce una selección del complejo de relaciones sociales para definir el bien jurídico<sup>696</sup>.

En la relación a la teoría del delito y la norma, según BUSTOS “en la base del injusto está la lesión a un bien jurídico”<sup>697</sup>, por lo que dicho bien jurídico copa todo el injusto<sup>698</sup>, lo que se traduce en que el tipo, en cuanto es descripción normativa de un ámbito situacional determinado<sup>699</sup>, y en cuanto supone la generación de una acción u omisión que no son más que el producto de una relación social<sup>700</sup>, tiene como contenido al bien jurídico<sup>701</sup>; en que el bien jurídico, llene todo el contenido material de la antijuricidad<sup>702</sup>. Así, norma penal y bien jurídico se relacionan como contenido y continente<sup>703</sup>.

Una de las cuestiones significativas en la línea metodológica de BUSTOS, es el señalamiento de la relación entre el tipo y el bien jurídico, en tanto relación significativa. Ya referido anteriormente para el caso del bien jurídico, para el caso del tipo en cuanto parte de la norma, este cumple este rol, en la medida en que “instruye a los ciudadanos respecto de cuál es la relación social considerada significativa por el Estado” permitiendo “hacia el futuro una rediscusión del bien jurídico protegido en cuanto tal o en su extensión”<sup>704</sup>.

---

<sup>688</sup> Como la crítica que hacen BUSTOS/HORMAZÁBAL a la postura de JAKOBS, Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, pp. 75-77.

<sup>689</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 271.

<sup>690</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, p. 78.

<sup>691</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 121.

<sup>692</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, p. 79.

<sup>693</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 68, p. 122.

<sup>694</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, p. 79.

<sup>695</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 69; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN;

HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 71, p. 72.

<sup>696</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. II, p. 27.

<sup>697</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 69.

<sup>698</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema penal*, p. 38.

<sup>699</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 274.

<sup>700</sup> *Ibíd.*, p. 275.

<sup>701</sup> *Ibíd.*, p. 271.

<sup>702</sup> *Ibíd.*, p. 272.

<sup>703</sup> En efecto HORMAZÁBAL señala: “Por eso el tipo no se agota en una acción, sino que más allá de ella es *continente* de una *relación social* especificada objetiva y subjetivamente mediante elementos descriptivos, normativos y psíquicos, que configuran una situación social dotada de sentido y significación. Sentido referido a la vinculación personal del autor con la situación y significación referida a la materialidad disvalorativa que a dicha situación le da la atención al bien jurídico protegido por la norma”[el resaltado es nuestro] (HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, p. 153). La relación contenido y continente también la refieren a tipo/prohibición o tipo/mandato (BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Nuevo sistema de derecho penal*, p. 54).

<sup>704</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4º edición)*, p. 277.

De esta cuestión, a lo cual se añade el bien jurídico como principio cognoscitivo, se infiere lo siguiente: a) tanto el tipo penal como el bien jurídico proporcionan conocimiento, en cuanto a la relación social concreta; b) ambos conceptos proporcionan conocimiento ciudadano sobre la significación de dicha relación para el Estado; c) ambos son conceptos abiertos a la crítica, y que se produce en una relación específica entre ambos: el bien jurídico en cuanto posea un contenido material, permite que se sepa qué es lo que a través de la norma penal (tipo penal) se está protegiendo “a fin de que se pueda hacer el control democrático sobre el juicio de valor que llevó a la creación de la norma penal”<sup>705</sup>.

El tipo, en este evento, no puede distanciarse del bien jurídico, ya que encontrándose en función de aquél es posible la cognición ciudadana. De otro modo, no es posible la cognición ciudadana sino en la medida en que la norma y el bien jurídico se encuentren relacionados, ya que de otra forma, la cognición no encuentra sustento ni valor referencial desde donde hacer una inferencia. Esto porque si el bien jurídico finalmente ha de concretarse en la consagración normativa, aquel no puede prescindir de la norma para formar un juicio adecuado que sea demostración de una perfecta cognición para el ciudadano. Por el contrario, la norma no puede prescindir del bien jurídico, porque este dota de materialidad a la norma que de no existir, sería un mero interés jurídico o mera abstracción. Siendo así, es poco probable que el tipo penal sea una herramienta cognitiva que permita dar cuenta de la significación real de lo protegido por la norma, o sea, la relación social concreta. De no producirse esta interacción entre ambos conceptos, se hace imposible verificar una función crítica para el sistema penal. Por otro lado, el hecho que la norma disponga de un contenido material identificado en el bien jurídico, supone que aquella no es simplemente un concepto formal, sino que representa igualmente materialidad en su significado.

Pero tal contenido no podría producirse sino en la medida en que exista una síntesis normativa surgida dialécticamente de las relaciones sociales concretas<sup>706</sup>, originadas dentro de un contexto democrático. De lo contrario, la legitimidad del término “bien jurídico” respecto de un contenido normativo, puede verse fuertemente cuestionado e invalidado, por su reducción sólo a un interés jurídicamente protegido<sup>707</sup>.

De otro modo y de acuerdo a la línea construida, sólo si existe correspondencia entre el contenido y el continente, entre norma y bien jurídico, podríamos decir que una intervención penal se produce en términos necesarios, cubriendo así el espectro de los efectos lesivos de una conducta en términos reales y concretos, y no de modo abstracto. Ello porque sólo teniendo como centro al bien jurídico, este cumple una función crítica<sup>708</sup> – por la constante revisión democrática del sistema penal que significa dicho concepto<sup>709</sup>, y a la vez en cuanto es lucha permanente por dicho sistema<sup>710</sup> – de deslegitimar las intervenciones penales que no respondan a las necesidades humanas y su satisfacción dentro de un contexto social democrático<sup>711</sup>, y de modo contrario, fundamentar la intervención penal<sup>712</sup> del Estado democrático en sus funciones de intermediación

---

<sup>705</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. “Bien Jurídico: un debate continuo”, ARAQUE, DIEGO, *Estudios de derecho penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012, pp. 423-432, p. 429.

<sup>706</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>707</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Nuevo sistema de derecho penal*, p. 31.

<sup>708</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4ª edición)*, p. 122, p. 123; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 75.

<sup>709</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 71.

<sup>710</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4ª edición)*, p. 123.

<sup>711</sup> *Ibíd.*, pp. 121-123.

<sup>712</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Nuevo sistema de derecho penal*, p. 32.

valorativa<sup>713</sup> referido a dichos bienes jurídicos<sup>714</sup>, y por ende, legitimador de la intervención penal.

En segundo lugar, surge la diferenciación al tratar al bien jurídico como momento previo a la consagración normativa.

En efecto, y en primer lugar, BUSTOS señala por ejemplo, que las posiciones inmanentistas pretenden “encubrir lo que es el bien jurídico y sus funciones”<sup>715</sup>, lo que teóricamente implica que nos situamos en un momento previo a la concreción legal de un denominado bien jurídico. Así, una postura teórica no puede encubrir algo que no se produce aún, o nunca se puede producir, dentro de su sistema de conceptos. El que se diga que no señalar la vida como bien jurídico es enmascararlo, dentro de un sistema de conceptos que no se le concibe, o no se le concibe en una real dimensión, no sólo supone referirse a un objeto ajeno a un sistema de conceptos, sino además que la denominación de tal (bien jurídico) fuera de ese sistema de referencia, supone que es el observador quien lo concibe previamente de ese modo. Esto significa concebir ‘algo’ como bien jurídico antes de su normativización.

BUSTOS señala lo que sigue: “frente a *bienes jurídicos que cumplen las características propias de una fórmula sintética de la relación social*, [se puede] indagar si tal fórmula sintética es *reflejo de la relación social actual* o de lo que implica una relación social entre hombres, además *indagar* si el derecho ha recogido lo que surge de la relación social, *si lo ha concretado en bienes jurídicos*”<sup>716</sup> [el resaltado es nuestro]. El párrafo así señala una diferenciación entre dos conceptos de ‘bienes jurídicos’, uno referido al recogido formalmente por la norma y de modo nominal, y otro, un ‘bien jurídico’ que indica las relaciones sociales actuales que teóricamente podrían ser elevadas normativamente en cuanto bienes jurídicos.

En este mismo sentido parece expresarse HORMAZÁBAL: “los bienes jurídicos son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que *nacen* de la propia relación social democrática *como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno*. El bien jurídico, en consecuencia, tiene un *doble carácter sintético*. Según se dijo anteriormente, es una *síntesis normativa* y una *síntesis social*. Luego puede ser definido como una relación social concreta de carácter *sintético normativo y sintético social*”<sup>717</sup> [el resaltado es nuestro]. El carácter de síntesis normativa, no es extraño dentro del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, aunque sí interesante el que además se denomine como síntesis social, y el que se le consigne una duplicidad de sentidos. Cabe una forma de entender las afirmaciones de HORMAZÁBAL, en el sentido de ser a la vez una síntesis normativa y social, para poder tener su doble carácter sintético. Sin embargo aún siendo así, son las relaciones sociales concretas que naciendo de la relación social democrática se presentan como una superación del proceso dialéctico (síntesis social), para poder ser normativamente contempladas (síntesis normativa).

En referencia a lo expuesto por HORMAZÁBAL, quedan sí las advertencias de BUSTOS, en el sentido de ser el bien jurídico un concepto material que surge de la realidad, y que el derecho mismo se encuentra extraído materialmente de la señalada realidad, y al cual se vincula el bien jurídico<sup>718</sup>. Pero no deja de ser menos cierto también, el hecho que aún existen realidades normativas de desfase entre lo protegido por la norma considerado bien jurídico, y aquello respecto de lo cual habría de ser, por su

<sup>713</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (4ª edición), p. 123.

<sup>714</sup> *Ibíd.*, p. 124.

<sup>715</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (4ª edición), p. 121.

<sup>716</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y sistema penal*, p. 167.

<sup>717</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, p. 152.

<sup>718</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (3ª edición), p. 56.

existencia en la realidad social, un bien jurídico: “Así, por ejemplo, desde una perspectiva puramente ideológica en los delitos en contra de la libertad sexual una concepción autoritaria fundamentó estos delitos en aspectos puramente morales y *no en la protección del bien jurídico*. La moralidad está en la cabeza de uno o más individuos, *el bien jurídico está en la realidad social*”<sup>719</sup> [el resaltado es nuestro]. Si existe un bien jurídico en la realidad social que no es expresión normativa, por encontrar figurando como tales objetos de protección ‘desautorizados’ por la realidad social, entonces implica que la síntesis normativa no es tal sino en la medida que refleje la síntesis social, lo cual confirma la duplicidad de la que habla HORMAZÁBAL. Pero por otro lado ello significa además, que de la realidad social brota un concepto de bien jurídico que puede no condecirse con la expresión normativa, lo cual produce entonces, dentro del esquema aquí presentado, un término ‘bien jurídico’ el cual posee entonces dos conceptos: el bien jurídico en cuanto expresión de la realidad social, y el bien jurídico en tanto expresión normativa.

Y por su parte, y en el mismo sentido, BUSTOS/HORMAZÁBAL expresan: “Los bienes jurídicos concretos *a ser protegidos* por el derecho penal han de ser aquellos que están en función de las condiciones para la satisfacción de esas necesidades”<sup>720</sup>. Esto implica a considerar terminológicamente como bien jurídico, algo que normativamente aún no lo es, lo cual conduce a una aparente ambigüedad, ya que si formalmente el bien jurídico nace con la norma, no podemos nominalmente llamar, dentro de este nivel, *bien jurídico* a algo que normativamente aún no lo es.

Tanto BUSTOS como HORMAZÁBAL, han de referir el término bien jurídico disémicamente, esto es, a dos sentidos diferenciados, aunque con unidad explicativa y unidad penalmente metodológica: uno de ellos ha de referirse al obvio concepto de bien jurídico siempre señalado, que es aquel que surge de la normativización; el otro, es aquel que traduce las posibilidades en la transformación de un bien jurídico desde el punto de vista normativo, es decir, se refiere a ese ‘algo’ que vendría a constituir el bien jurídico nominalmente normativo, pero que cumple con las exigencias materiales para ser nominalmente referido por la norma como tal. Por ello, el patrimonio conceptual es mayor al terminológico.

Pensemos, por ejemplo, en lo que se refieren los autores en las siguientes líneas: “La identificación de lo realmente protegido por una norma penal permite el cuestionamiento de la norma. Piénsese en el antiguo delito de adulterio en el Código Penal español. El precepto castigaba a «la mujer que yaciera con varón que no fuera su marido». La realidad de la represión de la mujer adúltera se enmascaraba justificando el castigo diciendo que esa norma protegía «la identidad de la familia». La lucha por el reconocimiento de los derechos de la mujer ha permitido desvelar que lo que esa norma protegía era simplemente una intolerable discriminación a favor del varón”<sup>721</sup>. Esto está planteado a propósito de la relación bien jurídico y norma, para el descubrimiento de la materialidad del objeto protegido. Aquí se plantea la situación inversa: algo que habiendo sido protegido por el derecho penal no debiera serlo. De algún modo puede traducirse lo expresado en el párrafo, pensando en un objeto nominal y normativamente señalado en cuanto bien jurídico, pero que materialmente no lo era. Y aquí radica el punto nervioso en tal concepción, que la materialidad –la sustancia como dijere el propio BUSTOS<sup>722</sup>– define al bien jurídico antes que considerarlo un objeto meramente normativo. Por ello la referencia en que al sistema jurídico lo componen reglas jurídicas de las cuales las normas son una parte, reflectantes de la “relación social que fijan”, porque de lo contrario

<sup>719</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4ª edición)*, p. 122.

<sup>720</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 74.

<sup>721</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>722</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y sistema penal*, p. 160.

las normas se vuelven fetiches y el derecho una abstracción o una “categoría puramente racional” y no algo real, del cual el bien jurídico tiene expresión en él<sup>723</sup>.

### 3. PANORAMA DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE EL CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO

Tratar de definir un contenido material o sustrato para el bien jurídico ha sido uno de los tantos problemas de la ciencia jurídico-penal<sup>724</sup>. Si la línea de BINDING es la de negar un contenido previo o material a la reducción normativa<sup>725</sup>, la doctrina alemana moderna ha ido en la vía de tratar de especificar un contenido, lo cual va muy de la mano de la diferenciación dentro del concepto de bien jurídico, como ya veíamos en el capítulo anterior, cuestión que daban cuenta las tesis multipartitas, y que de algún modo tiene aquí su punto de origen para definir cada plano diferenciado. Esta visión se ha extendido igualmente, a cierta ciencia penal hispanoamericana, como por ejemplo en ABANTO.

Ahora bien, la gran mayoría de la doctrina penal usa una base física (en el sentido de materia) dentro del patrimonio conceptual de bien jurídico, que denomina como “objeto de la acción” señalando el objeto del ataque, que habrían de ser como en AMELUNG objetos físicos, y donde se protegen por derivación<sup>726</sup>. En esta vía va SCHULENBURG, cuando señala al cuerpo como el objeto de la acción en los delitos de homicidio y lesión.

Sin embargo, no está clara la precisión, en los demás autores, del objeto de la acción como una realidad física, como en HEFENDEHL quien señala al patrimonio como objeto de acción en el delito de estafa, al igual que en SCHULENBURG, o la persona en el homicidio al igual que ROXIN. Así, la calificación del ‘objeto de la acción’ es un tanto difusa.

En efecto, ya veíamos como ROXIN, señalaba una bipartición al momento de enfrentar la relación del concepto de bien jurídico en relación a la realidad, y cómo distinguía bien jurídico del objeto de ataque. En esta visión parecen encontrarse dos planos como son uno naturalístico que representa el objeto de ataque, y el otro incluso no eminentemente social, sino más bien casi en un plano ideal. Así, bien jurídico es “bien ideal”<sup>727</sup>, o un “valor abstracto del orden social” (*abstrakte Werte der Sozialordnung*) o un “valor social ideal” (*ideelle Sozialwerte*)<sup>728</sup> “que se incorpora en el concreto objeto de ataque”<sup>729</sup>. El límite es extremadamente difuso cuando se habla de ideal y social, y que puede derivar en posiciones más extremas como las de SCHULENBURG, respecto de la cual ya nos hicimos críticamente a cargo más atrás.

<sup>723</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (4ª edición), p. 124.

<sup>724</sup> FRISCH, WOLFGANG, “Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 309-340, pp. 313-315.

<sup>725</sup> SCHÜNEMANN, BERND, “El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197-226.

<sup>726</sup> AMELUNG, KNUT, “El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, p. 244.

<sup>727</sup> ROXIN, CLAUS, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 443-458, p. 63.

<sup>728</sup> ROXIN, CLAUS, *Strafrecht*, Allgemeiner, p. 34.

<sup>729</sup> ROXIN, CLAUS, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico*, p. 63.



ROXIN asume las críticas del grado de indeterminación y de no reducirse el bien jurídico solo a ser un criterio rector<sup>730</sup>, y no despeja en esta oportunidad lo relativo a su concepto ideal de bien jurídico, que no parece vincularse en tanto 'abstracto' al concepto, sino más bien a lo 'ideal' o 'idea' como raíz en el neokantismo.

Es, más menos, como lo expresa HIRSCH donde "el bien jurídico no es un fenómeno de la esfera del ser. Aunque a menudo el recurso está vinculado a un fenómeno natural, por ejemplo a la posesión de cosas o a la salud física, no puede renunciarse a una descripción normativa: los recursos pasan a erigirse en intereses sólo cuando un tercero ostenta una pretensión a su integridad susceptible de fundamentación normativa"<sup>731</sup>. En esta definición se contraponen esta dualidad en el sentido kantiano entre ser y deber ser sin necesariamente señalarlo, pero el plano normativo representaría este último, por la representación de lo físico como el ser.

Esta apreciación del sustrato del bien jurídico como un objeto físico, se va matizando dependiendo de los autores, teniendo, por cierto, el concepto de bien jurídico como punto de partida.

STERNBERG-LIEBEN define el bien jurídico como "una situación real y susceptible de ser lesionada que en un momento histórico concreto aparece como condición y requisito del desarrollo personal"<sup>732</sup>.

HEFENDEHL, ya visto, distingue entre bien jurídico y objeto material, entendiendo por este último el objeto jurídico<sup>733</sup>, que es lo que normalmente se ha entendido por la doctrina para el concepto de 'objeto material' como elemento del tipo penal. En cambio AMELUNG considera más bien, una realidad fáctica antes que estrictamente jurídica<sup>734</sup>.

AMELUNG, por ejemplo, establece distinciones entre más bien el objeto físico, y el objeto de protección legal, es decir, el bien jurídico el cual solo éste es creación del legislador. Siendo así, la protección del objeto físico habría de producirse como consecuencia de la protección de un objeto definido por el legislador como bien jurídico.

Señala AMELUNG lo que sigue:

"La unidad del mundo de los bienes jurídicos no se da en el ámbito de los objetos, sino que se construye a partir del elemento común que viene dado por el juicio de valor que constituye tales bienes. Éste tiende el puente normativo que va desde el ser al deber ser, desde la realidad protegida a la norma protectora, y al hacerlo obliga a quien aplica la norma a no pasar sin más por encima de esta realidad. Todo lo contrario: le obliga a interpretar buscando y teniendo en cuenta todas las diferencias valorativamente relevantes"<sup>735</sup>.

Si entendemos bien, el juicio de valor sería hecho por el legislador para constituirlo como bien jurídico. Dicho juicio de valor de cada uno de los bienes jurídicos es posible tomarlo como base para generalizarlo y de ahí derivar el bien jurídico. Que lo construiría considerando el ser en la "realidad protegida" la cual debería ser respetada por el intérprete y obligado éste a considerar las valoraciones que se hacen para la construcción del bien jurídico. Solo así se entiende tender un puente entre el ser y el deber ser. La

<sup>730</sup> ROXIN, CLAUS, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.º 15-01, pp. 1-27, <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>, fecha de visita: 21/12/2013.

<sup>731</sup> HIRSCH, ANDREW VON, "El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-52, p. 44.

<sup>732</sup> STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", p. 109.

<sup>733</sup> HEFENDEHL, ROLAND, "El bien jurídico como eje material de la norma penal", pp. 180-181.

<sup>734</sup> AMELUNG, KNUT, "El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", pp. 242-243.

<sup>735</sup> *Ibid.*, p. 244.

“realidad protegida” habría de ser los hechos brutos, pero también ciertas cuestiones sociales, como los procesos sociales o los procesos de comunicación.

Uno de sus puntos de partida es lo que se entiende por ‘objeto’: como la vida humana es un estado en que se encuentra el objeto; como los hechos brutos que se protegen mediante conductas y las instituciones mediante sanciones, son tipos de objeto que deben entenderse por separados; como el objeto de la acción y el bien jurídico (objeto de protección), son diferentes, etc.

STERNBERG-LIEBEN estima que la valoración de la comunidad es temporal por su carácter cambiante de las condiciones del desarrollo personal, como a la aparición de nuevas condiciones y peligros a los ya existentes. Además, pueden existir nuevos valores inmateriales (como en el hoy, el “honor”) para el desarrollo personal, en una lista nunca definitivamente cerrada, que además por dicho carácter inmaterial, un concepto de bien jurídico pierde su carácter limitador “y corre el riesgo de desaparecer dentro de la protección general de los sentimientos”<sup>736</sup>.

Para este caso nuevamente expresa una concepción personalísima del bien jurídico, pero al menos se añade el que la situación real dependa de la historia concreta. Es por ello que el autor señala que el bien jurídico es “una situación real y susceptible de ser lesionada que en un momento histórico concreto aparece como condición y requisito del desarrollo personal”<sup>737</sup>. Advierte de los peligros de un normativismo al apreciar el bien jurídico, ya que de encontrarse “discorde” con la realidad impediría influir en la praxis legislativa<sup>738</sup>.

KAHLO describe el bien jurídico como un “concepto relacional”, es decir, una relación “entre una realidad y un sujeto: carecería, ciertamente, de sentido una relación jurídica entre cosas o entre seres vivos, que existen sin conciencia de sí mismos”. Es una relación orientada hacia la realización de su “autonomía” (“libertad externa”) en tanto relación con otras personas. Esta autonomía solo puede desarrollarse por la acción de otras personas que respeten el bien jurídico (la relación) y “al portador de ese bien”, pero que también pueden atacarla lesionándola o poniéndola en peligro<sup>739</sup>.

Ni siendo el bien jurídico un objeto o un hecho, ni un valor porque éstos no pueden ser lesionados o puestos el peligro, el autor lo define (o los define) como “vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales)”<sup>740</sup>.

Tales vínculos se establecen al entrar los sujetos “a través de sus prácticas” en contacto de forma directa, pero mucho más allá, se vinculan por conformar los individuos “formas de vida”, y en tanto “formas de vida colectivas” y como “vínculos mediadores” estén orientadas a la mantención de la “libertad general”<sup>741</sup>.

KAHLO presenta una fundamentación metodológica de ideología liberal para el bien jurídico, al usar como conceptos centrales para su definición, tales como la autonomía o libertad, muy en la vía del derecho civil napoleónico, esto es, privatista, contractualista, propio de la revolución burguesa francesa. Igualmente, utiliza el concepto de relación jurídica, y de relación savigniano, fuera de su origen liberal, con ello las consecuencias propias de dicho origen, tales como el considerar la relación entre cosas y

<sup>736</sup> STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, p. 114.

<sup>737</sup> *Ibíd.*, p. 109.

<sup>738</sup> *Ibíd.*, pp. 109-110.

<sup>739</sup> KAHLO, MICHAEL, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 53-68, p. 55.

<sup>740</sup> *Ibíd.*, p. 56.

<sup>741</sup> *Ibíd.*, p. 56, p. 57.

al igual entre personas, con la propia distinción sistemática savigniana, pero sin crítica a las bases ideológicas de las mismas.

Es así como, para KAHLO, en primer lugar, es el principal objetivo de los individuos su libertad, su autonomía, tanto así, que el bien jurídico parece ser más bien intermediario, esto es, es un medio para proteger en último término la autonomía: si se protege el bien jurídico, se protege la autonomía; si se ataca el bien jurídico, se ataca la autonomía.

La misma definición de KAHLO sobre los bienes jurídicos conduce hacia esa idea, ya que son “posibilitadores” de la libertad, “vínculos mediadores”, es decir, facilitadores, simples medios.

Tales ideas liberales vuelven a surgir al hablar de “sujetos autónomos, capaces de acción y de voluntad”<sup>742</sup>, y como, en tanto se protege la libertad individual por medio de los bienes jurídicos individuales, y la libertad general por intermedio de los bienes jurídicos de la colectividad. “Las leyes penales –declara el autor- deben estar *vinculadas al individuo* y ser por tanto *resubjetivables* [resubjektivierbar] para el destinatario” [resaltado del autor]<sup>743</sup>.

KAHLO trata de precaverse de la crítica acerca de su base liberal, al señalar que no es adecuada una crítica en el sentido de caracterizarse con el término “neoliberalidad” por ser una época históricamente superada, y por ir más allá de los derechos subjetivos que contempla FEUERBACH como el ámbito de limitación del derecho penal, ya que se extiende también a las “entidades orientadas a la libertad merecedoras y necesitadas de protección”<sup>744</sup>.

HORMAZÁBAL, por su parte, es suficientemente claro al señalar el contenido material del bien jurídico:

“todo esfuerzo en orden a darle contenido material a la expresión “bien jurídico” tiene que partir necesariamente de la consideración de que éste es un *producto social* que surge *históricamente* dentro de una *relación social* concreta. Esto significa tener en cuenta la *estructura interna*, las contradicciones y la forma en que se realiza la *superación* de esas contradicciones en un modelo de sociedad concreto”<sup>745</sup>.

En este solo párrafo se encuentra una serie de conceptos que definen el contenido material del bien jurídico. No nos podemos hacer cargo de todos y cada uno de ellos, ya que ello daría lugar para una explicación aun mayor, ya que conceptos como dialéctica (en relación a la contradicción y su superación), como ideología, la consideración estructural de abordar la composición social (aunque haremos mención de ella más adelante de todas formas). Estos son de algún modo, transversales a cualquier elemento que se pretenda identificar en el entramado metodológico que significa la tradición crítica. Más bien habré de referirme a uno que aun siendo igualmente transversal a dicha tradición y ser abordado por el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, puede, hasta cierto punto, resumir o hacer converger en él las consideraciones de ser el bien jurídico un producto social y de la historicidad de este producto: la relación social.

Otros dos elementos surgen más bien, del resto de la trama del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, como es la significación social y las necesidades. Estos explican y extienden el contenido material del bien jurídico más allá de los solos límites

---

<sup>742</sup> Ibid., p. 56.

<sup>743</sup> Ibid., p. 57.

<sup>744</sup> Ibid., pp. 57-58.

<sup>745</sup> HORMAZÁBAL, HERNÁN, “Política penal en el Estado democrático”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984, pp. 333-346.

de la relación social como elemento definidor de aquél, pero que claro está y como lo señala el propio HORMAZÁBAL, es un punto de partida.

En efecto, y teniendo como primer elemento del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL para definir la materialidad del bien jurídico a la *relación social* es un concepto que es tomado, fundamentalmente, desde la visión marxiana<sup>746</sup>. Para dicho sistema, la relación social es central, ya que dicho concepto se refiere a la propia base del bien jurídico, no solo porque socialmente se expresa en todos los ámbitos<sup>747</sup>, sino porque en la ciencia penal, el verdadero contenido material del bien jurídico es la relación social concreta<sup>748</sup>, bien jurídico que surge de ahí y a la vez se identifica con ella<sup>749</sup>. Esto supone dos cosas: el que se reconoce a la relación social como el fundamento constructivo de la sociabilidad en una sociedad; el que aquélla es fundamento del bien jurídico mientras se traduzca en una relación social concreta y específica, y no en cualquier relación social.

En el primer caso, entre otras cosas, la relación social consiste en la “posición de los individuos entre sí y una intermediación con otros entes u objetos que se dan entre ellos”<sup>750</sup>, y que no puede mirarse solo una relación social concreta, sino más bien a “relaciones sociales y sus interacciones recíprocas de conjunto”<sup>751</sup>. En el segundo caso, entre otras, implica algunas cosas. En primer lugar, como es el hombre la base de esta relación social<sup>752</sup>, él sería actor dentro de esta relación social con lo que determina la posición que ocupa en ella<sup>753</sup>. Llevado esto a la pena “significa entonces determinación, individualización y selección de un sujeto. Es decir, la pena no sólo implica concretar una

---

<sup>746</sup> Las relaciones sociales son entendidas desde el marxismo como interacción entre los seres humanos, pero interacción que se efectúa para la producción: “En la producción, los hombres no actúan solamente sobre la naturaleza, sino que actúan también los unos sobre los otros (...) Para producir, los hombres contraen determinados vínculos y relaciones, y a través de estos vínculos y relaciones sociales, y sólo a través de ellos, es como se relacionan con la naturaleza y como se efectúa la producción” (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, “Trabajo asalariado y capital”, *Obras Escogidas*, p. 78); “las relaciones sociales dimanadas de vuestro modo de producción y de propiedad –relaciones histórica que surgen y desaparecen en el curso de la producción” (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, “Manifiesto del Partido Comunista”, *Obras Escogidas*, p. 46). Por ende, y de cierto modo, las relaciones sociales son consecuencia de las relaciones de producción de una sociedad: “La burguesía no puede existir sino a condición de revolucionar incesantemente los instrumentos de producción y, por consiguiente, las relaciones de producción, y con ello todas las relaciones sociales” (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, “Manifiesto del Partido Comunista”, *Obras Escogidas*, p. 35), y mientras éstas no se modifican, no se modificarán a su vez las relaciones sociales: “las relaciones sociales de producción, cambian, por tanto, se transforman, al cambiar y desarrollarse los medios materiales de producción, las fuerzas productivas. Las relaciones de producción en conjunto lo que se llaman las relaciones sociales, la sociedad, y concretamente, una sociedad con un determinado grado de desarrollo histórico, una sociedad de carácter peculiar y distintivo” (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, “Trabajo asalariado y capital”, *Obras Escogidas*, pp. 78-79), explicación que tiene su raíz en cierta dependencia que tienen toda la estructura social, cultural, jurídico, político respecto de la economía, que es lo que MARX prefigura como la superestructura para la primera, y la infraestructura para la segunda: “El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, “Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política”, *Obras Escogidas*, p. 182).

<sup>747</sup> Esto lo expresa también las relaciones de los sujetos con el Estado. En el trabajo “Pena y Estado” de BUSTOS, que se encuentra en *Control Social y Sistema Penal*, de BUSTOS, aparece en la nota N ° 6 una cita de Mialle, en el que expresa que el capital mismo es una relación social, por la cual gracias a dicha relación social las mercancías son producidas<sup>747</sup>. Pero Mialle no hace sino repetir en idéntico sentido lo dicho ya por MARX, cuando señala que “el capital es una relación social de producción” (MARX, KARL, “Trabajo asalariado y capital”, *Obras escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1980, pp. 61-92, p. 79).

<sup>748</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema penal*, p. 191.

<sup>749</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema penal*, p. 532.

<sup>750</sup> *Ibíd.*, p. 33.

<sup>751</sup> *Ibíd.*, p. 168.

<sup>752</sup> *Ibíd.*, p. 376.

<sup>753</sup> *Ibíd.*, p. 83, p. 155, p. 174; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Editorial Trotta, Barcelona, 2004, p. 32.

relación social determinada, sino también seleccionar un sujeto determinado”<sup>754</sup>. En segundo lugar, que para la determinación del injusto “el problema no es tanto de desvalor de acto o de resultado como se ha señalado tradicionalmente, sino de desvalor de relación social”<sup>755</sup>. En tercer lugar, las normas prohibitivas fijan en la relación social, determinadas posiciones de los individuos y de las interacciones entre ellos<sup>756</sup>. Como el bien jurídico da contenido material al tipo<sup>757</sup> (y con ello la relación social es contenido del tipo), por ello el tipo se convierte en una forma de desvaloración normativa de la relación social, que en lo concreto, es una desvaloración de acto<sup>758</sup>. En cuarto lugar, la antijuricidad es la concreción de lesión en un bien jurídico, y es así la desvaloración de la relación social, que en lo determinado es la desvaloración de resultado. En quinto lugar, y en cuanto a la interpretación doctrinaria o científica del derecho penal “la misión de jurista, del jurista crítico, es la constante revisión de por qué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado desvalorativamente en una forma determinada”<sup>759</sup>.

El segundo elemento que podemos describir dentro del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, es la *necesidad*.

Referencias sobre el punto existían en BUSTOS al señalar que “lo distintivo del bien jurídico (...) es que es una relación social basada sobre la satisfacción de necesidades de todos los miembros de la sociedad o de un colectivo”<sup>760</sup>, o igualmente en el que “en la sociedad –señala BUSTOS/HORMAZÁBAL- las personas se relacionan de acuerdo con sus necesidades, sobre ellas se construyen interacciones de conflictos y surge el requerimiento social del mantenimiento de una determinada relación social de necesidad”<sup>761</sup>.

Es HORMAZÁBAL quien desarrolla latamente el tema de las necesidades como contenido material de los bienes jurídicos en el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL. Base de su propuesta toma fuente básicamente en el análisis de las necesidades en HELLER, cuestión que el autor reconoce el abordaje que realiza en trabajos anteriores TERRADILLOS en la misma dirección y bajo el mismo presupuesto<sup>762</sup>.

Es así como HORMAZÁBAL entiende que la base material del bien jurídico, ha de encontrarse en las necesidades humanas, y en cuanto éstas se asocian a la protección de un bien jurídico, el hombre se constituye en centro de la protección penal<sup>763</sup>.

Al igual que HELLER, HORMAZÁBAL distingue tres clases de necesidades, las “existenciales”, las propiamente “humanas” y las “radicales”.

Las “existenciales” se encuentran definidas por el instinto de autoconservación y para la mantención de la vida humana<sup>764</sup> (son, como dice STERNBERG-LIEBEN,

<sup>754</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema penal*, p. 34.

<sup>755</sup> *Ibíd.*, p. 140, p. 152, p.170.

<sup>756</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal*, p. 275.

<sup>757</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Nuevo sistema de Derecho penal*, p. 76.

<sup>758</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal*, p. 279.

<sup>759</sup> *Ibíd.*, p. 356; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema penal*, p. 139

<sup>760</sup> *Ibíd.*, p. 197.

<sup>761</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Editorial Trotta, Barcelona, 2004, p. 32.

<sup>762</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense*, N° 63, 1981, pp. 123-150.

<sup>763</sup> HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 141.

<sup>764</sup> Para HELLER, es claro que éstas no son biológicas, sino siempre sociales. En MARX, HELLER las reconoce, y según la nomenclatura del primero, como “necesidades necesarias”, en tanto “son aquellas necesidades surgidas históricamente, y no dirigidas a la mera supervivencia, en las cuales el elemento cultural, el moral y la costumbre son decisivos y cuya satisfacción es parte constitutiva de la vida “normal” de los hombres pertenecientes a una determinada clase de una determinada sociedad”<sup>764</sup>. Según la autora, son

“evidentes”<sup>765</sup>); en las “necesidades humanas” el impulso natural no juega ningún papel, y pueden ser “alienadas” y no “alienadas”; las “radicales” surgen de la sociedad capitalista y “su satisfacción a los cambios de estructura”<sup>766</sup>. Igualmente hace mención de las necesidades humanas cualitativas, como el descanso superior al necesario para reponer la fuerzas de trabajo, la actividad cultural, el juego, el amor, etc., que vendrían siendo las “necesidades no alienadas”; y las cuantitativas, que “se manifiestan como fuerzas extrañas al hombre y lo dominan”<sup>767</sup>, las cuales son las necesidades de dinero, poder y posesión, que habrían de ser las “necesidades alienadas”.

“Las relaciones sociales concretas protegidas por el derecho penal —señala el autor— habrían de ser aquellas que están en función del desarrollo de dichas necesidades”<sup>768</sup>, sea, por un lado, en un sentido positivo protegiendo las relaciones sociales relativas a la satisfacción de necesidad, y por uno negativo, no prohibiendo aquéllas que las satisfacen.

Dentro de las “necesidades existenciales” se incluye la libertad, la vida, la salud<sup>769</sup> y la seguridad<sup>770</sup>; En las “necesidades humanas” se encuentran, según HORMAZÁBAL, las no alienadas y las alienadas, siendo las primeras, la actividad cultural, el juego, el amor, por ejemplo, y las segundas son como la necesidad de poder, dinero, de posesión. En las existenciales el derecho penal debe proteger, y en las alienadas jamás favorecer su satisfacción<sup>771</sup>.

---

relativas, porque van a depender de un determinado tiempo y clase, como lo que es para un trabajador del tiempo antiguo, no lo es para un trabajador de EUA hoy, o la alimentación en personas que viven al borde del mar que al interior de la ciudad<sup>764</sup>; involucran necesidades materiales como las que no son, por ejemplo se incluyen la enseñanza, el derecho a poseer libros, el sindicalizarse. (HELLER, ÁGNES, *Teoría de las necesidades en Marx*, [trad. J.F. Yvars], Ediciones Península, 1978, pp. 32-33, p. 33, pp. 34-35).

<sup>765</sup> STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, p. 112. El mismo Menger lo señala de esa forma: “Esas necesidades indispensables de la existencia, son el fundamento del derecho a la existencia (...) Puede este derecho formularse del siguiente modo: todo miembro de la sociedad tiene derecho a que los bienes y los servicios necesarios para la conservación de su existencia, le sean proporcionados antes de que se satisfagan las necesidades menos urgentes de los demás miembros de la sociedad” (Menger, Anton, *El derecho al producto íntegro del trabajo en su desarrollo histórico*, p. 23).

<sup>766</sup> HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 142.

<sup>767</sup> *Ibíd.*, p. 142.

<sup>768</sup> *Ibíd.*, p. 142.

<sup>769</sup> Por salud, podríamos entender la referencia a la “salud”, tal vez, en la línea que es planteada por POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, esto es, un concepto englobante que incorpora la vida y la integridad física (POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 179-181).

<sup>770</sup> Lo que hasta cierto punto podría conducir a la consideración de los bienes jurídicos personalísimos más básicos, y con ello, el llamado ‘derecho penal nuclear’ quien habría de referirse, en gran parte, a todas estas necesidades.

<sup>771</sup> Pero su determinación concreta podría relativizar algún tipo de vulneración en situaciones concretas, según la necesidad que se viese vulnerada, lo cual explica casos puestos por la doctrina penal, como por ejemplo, el aserto de BUSTOS, en relación a la intimidación en la violación, en el sentido de admitir conminación de un mal sobre las cosas para lograr el acceso carnal, como por ejemplo el conminar con la destrucción de la cosecha que es único sustento de una mujer viuda con sus hijos (BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 2° edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, p. 117). En este caso, en la primera de las circunstancias la necesidad involucrada que pudiese ser una necesidad fundada en la propiedad, y por ende una necesidad humana (y aún una “necesidad alienada”), es en el fondo la alimentación en tanto soporte de salud y vida, lo que deja de ser en este caso una posible “necesidad humana”, para pasar a degradarse en una “necesidad existencial” (En contraposición a esta idea de BUSTOS, en POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 254, nota N ° 15, quienes encuentran discutible la gravedad de la amenaza y la inmediatez).

En las necesidades radicales y propiamente humanas, el derecho penal no puede de forma absoluta protegerlas, debiendo otorgarles una protección selectiva considerando la función social que la Constitución atribuye a esos derechos, como por ejemplo en los derechos económicos, el capital no puede tener una libertad sin límites de tal modo de limitar al individuo, porque de lo contrario no solo materialmente lo restringe sino que atentaría contra la Constitución de un Estado que reconozca al hombre su libertad, por lo que la protección de derechos sociales de los trabajadores sería una necesidad social que se protegería por el derecho penal, a través del bien jurídico.

El tercer elemento que distinguimos del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, es el de la *dañosidad social*.

Un criterio complementario de la satisfacción de necesidades humanas, Para HORMAZÁBAL, es el de dañosidad social. Este criterio de “dañosidad social” “permite revisar el sistema de criminalización en un doble sentido: criminalizando comportamientos dañinos socialmente aún no incorporados al sistema penal y descriminalizando otros”<sup>772</sup>.

Este el sistema de BUSTOS/HORMAZÁBAL, como en general en la actual penalidad, la dañosidad está referida a la antijuricidad y de ahí al bien jurídico<sup>773</sup>.

Para HORMAZÁBAL, en el caso de la criminalidad económica puede entenderse como “aquellos actos disfuncionales a los intereses sociales, realizados al margen de las normas que en la sociedad capitalista regulan el proceso de acumulación”<sup>774</sup>.

El cuarto elemento del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL que reconocemos es la *significación*.

La *significación* como concepto dentro de la ciencia penal, es particularmente resaltada dentro del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL.

En “Significación social y tipicidad” (y que luego retoman en conjunto las *Lecciones de Derecho Penal*), los autores desean establecer los criterios de atribución de un comportamiento a un tipo penal determinado, lo que al final lleva al análisis de la causalidad. El concepto clave en este estudio es el de “significación”.

La materialización de un comportamiento, según los autores, solo se puede explicar teniendo como base la relación social “y la ubicación de ésta en el contexto social”<sup>775</sup>, relación que, como sabemos, es fundamento del bien jurídico. No puede existir atribución de un comportamiento al tipo, sino se considera su “significación social total”, todo el “sentido social” de dicho comportamiento<sup>776</sup>. Como no pueden subsumirse todos los comportamientos socialmente significativos en el tipo penal, solo algunos son relevantes, salvo aquellos que se excluyen bajo algunos criterios de exclusión de la tipicidad, tales como los de insignificancia social, aquellos con significación según el contexto, según su rendimiento social, y la imposición de comportamientos sociales. Además, la significación social es ajena a los predicados morales, lo cual parece importar, para los autores, un criterio más de exclusión de la tipicidad.

“El tipo es un descriptor de un ámbito situacional de una relación social determinada en cuanto a su significado constituye un todo, una integridad de *significación* en la que cada uno de sus componentes están teñidos por la interacción de las personas, la interacción de «el que» con el «otro»<sup>777</sup> [el resaltado es nuestro]. Y aún “la descripción

<sup>772</sup> HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, pp. 145-146.

<sup>773</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (4ª edición), p. 248.

<sup>774</sup> HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 145.

<sup>775</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, “Significación social y tipicidad”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 5, 1980-1981, pp. 9-42, p. 37.

<sup>776</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>777</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Nuevo sistema de Derecho penal*, p. 78.

del ámbito situacional tiene como base una relación social [y también], implica que está dotado de sentido y significación”<sup>778</sup>

“El tipo es –señalan BUSTOS/HORMAZÁBAL- expresión de un modelo de comportamiento desvalorativo socialmente”<sup>779</sup>, debiendo contornearse este modelo o establecer sus límites según criterios de significación social, y considerar que es el comportamiento humano (que es forma de vincularse en la relación social) “fallido o desviado en su significación social” es el que recoge el bien jurídico en el tipo, bien jurídico que es contenido del injusto y “piedra angular”<sup>780</sup> del mismo. “Es el bien jurídico – señalan los autores- el que le da significación material a la realización típica”<sup>781</sup>, y “el modelo [sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL<sup>782</sup>] tiene su punto de partida en la afirmación de que es el bien jurídico y su protección el que está en la base del injusto y que es, por tanto, el bien jurídico el que le da contenido material a la realización típica. Ese contenido material se concreta en la significación social de la conducta, significación social que queda definida por el bien jurídico”<sup>783-784</sup>.

Confirman este pensamiento, sea de forma individual y en conjunto (antes o después al estudio citado), al afirmar que las relaciones sociales adquieren “*significación* de bien jurídico en cuanto confirmadas por la norma”<sup>785</sup> [el resaltado es nuestro], y que la norma es una interacción “simbólica entre sujetos (...) de significaciones”<sup>786</sup>.

### III. OBSERVACIONES Y TOMA DE POSTURA

#### 1. OBSERVACIONES A LAS POSTURAS

##### a. Observaciones a las tesis multipartitas

Como puede notarse, a todos los autores se les hace necesario establecer distinciones entre un significado dentro del patrimonio conceptual del bien jurídico que sea normativo, justamente por la derivación que se haría de él, fundamentalmente desde el lenguaje normativo utilizado (descripción del tipo, denominación de párrafos o párrafos,

<sup>778</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y Sistema penal*, p. 38.

<sup>779</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, “Significación social y tipicidad”, p. 40.

<sup>780</sup> *Ibid.*, pp. 40-41.

<sup>781</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Editorial Trotta, Madrid, 1997, p. 167.

<sup>782</sup> Aún cuando se refiere al modelo del dolo en la tipicidad.

<sup>783</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 209.

<sup>784</sup> El concepto luego es utilizado en distintos aspectos, por ejemplo, como objeto de los mecanismos de socialización, para la criminalidad económica transnacional y la tipificación de conducta que se enmarcan en la delincuencia económica, las lesiones atípicas (“Los mecanismos de socialización tienen por objeto inducir en el individuo las significaciones del mundo social, que las internalice como realidad y que participe en la dialéctica social”; “Pero al lado de esta ampliación del control ha surgido también una forma de delincuencia que si bien en cuanto a sus ilícitos no difiere sustancialmente de la tradicional, sí se distancia de ésta en cuanto a la forma de comisión de estos ilícitos y en cuanto a su significación económica y política”; “Ello significa no sólo la desincriminación de ciertas conductas de escasa significación para someterlas a otros tipos de control diferentes al penal, sino también la incorporación al código penal de otros comportamientos propios de grupos privilegiados y que por su gran significación social merecen ser criminalizados”; “Esta conducta que objetivamente es de herir cuando abre el vientre de su paciente para extraerle el apéndice, es atípica desde el bien jurídico protegido por la norma penal en el delito de lesiones (art. 147 CP) que es la salud individual. Dichas heridas necesarias carecen de significación social. Esa conducta no puede ser desvalorada desde la salud individual”; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 18, 25, 43, 172).

<sup>785</sup> *Ibid.*, p. 72.

<sup>786</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, p. 79.



etc.); y entre un segundo significado que corresponde a una realidad fuera de la normativa, y que tendría algún tipo de relación con la normativa a la cual de un modo u otro ésta realidad responde.

Ahora bien, y por otro lado, la distinción que apunta a realizar diferenciaciones desde el lenguaje, nos parece importante.

Por un lado y pese a los problemas ya señalados en cuanto al tema de las proposiciones, lo que nos parece contribuir a la discusión por AMELUNG, es la precisión del lenguaje para evitar la falacia naturalista, esto es, qué a través del lenguaje, desde ya, se distinga cuando se está refiriendo a objetos o circunstancias que apuntan al ser, o bien al deber ser.

Esto, para nosotros, es vital, puesto que no solo el lenguaje *debería* referirse a distinguir uno y otro caso, sino que además sería posible examinar el lenguaje mismo utilizado en las descripciones, para constatar si su referencia es a objetos que son consignados como bienes jurídicos, por ejemplo, o bien, o pretenden señalar bienes jurídicos por objetos que no lo son.

Por su parte, la tesis de LASCURAIN, que toma de base a la de AMELUNG, da lugar, más que sólo a mostrar la equivocidad del concepto de 'bien jurídico', es a cómo y en qué sentido debería usarse dicho concepto por cualquier estudio iuscientífico penal que abordara el tema, y a definir tal cuestión como punto de partida del análisis. Esto es, sino al menos determinarse una diferenciación terminológica, si el uso habría de ser político-criminalmente, y por ende y como el mismo señala, al "deber ser", es decir, de lo que habría de constituir un bien jurídico, o bien dogmáticamente, es decir, al "ser", a lo que el bien jurídico "es". Por ello, y dentro de su concepto de bien jurídico, la afirmación de que el principio de protección de bienes jurídicos es tautológico<sup>787</sup>, es completamente correcta, ya que sino existe diferenciación metodológica, ¿acaso el concepto de bien jurídico no proporciona desde ya –para quienes sostengan que protege- el sentido de protección? Lo cual lleva de la mano la pregunta, ¿a qué se refieren con bien jurídico entonces? El autor resuelve con un cambio de denominación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, ya que un principio contiene un "deber ser", y la denominación del señalado anteriormente, responde más bien al ser de la norma, por lo cual, debería llamarse "principio de exclusiva protección de bienes legítimos"<sup>788</sup>.

Pero igualmente hay algunos puntos críticos observados.

Existen algunas argumentaciones de AMELUNG que presentan ciertos problemas.

En primer lugar, existe una tendencia a no hacer una distinción metodológica clara entre el concepto de bien jurídico, y el bien jurídico como tal, ya que en casos en que habla sobre el bien jurídico, el lector se debe detener para tratar de diferenciar uno de otro. Este punto no deja de ser relevante para determinar qué consecuencias o funciones se aplican a uno y otro, según iremos mencionándolo.

En segundo lugar, la idea de la precisión en la utilización del lenguaje en la referencia al bien jurídico nos parece interesante. Sin embargo, el autor parece encontrarse en un estado de confusión para el lector. De entrada plantea la importancia del uso de un lenguaje de la doctrina en el sentido que permita precisar el concepto de bien jurídico de tal modo que no sea legitimación de normas sino un "objeto de protección real"<sup>789</sup>. Pero luego se desdobla para referirse a la redacción de las normas, sin claridad sistemática, sin una comprensible transición, cuestión que se abunda cuando usa el término "proposición normativa" para referirse tanto al uso del lenguaje de la doctrina

---

<sup>787</sup> *Ibíd.*, p. 259, p. 263.

<sup>788</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, "Bien jurídico y objeto protegible", p. 140.

<sup>789</sup> AMELUNG, KNUT, "El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", p. 257.

como aquel que utilizan las normas<sup>790</sup>. Esto ya que en la lógica de las normas, una de las primeras cuestiones que debe distinguirse es el lenguaje que habla de las normas y las normas, entendiendo que por “proposición normativa” ha de entenderse las proposiciones acerca de las normas y que tienen un carácter descriptivo, a diferencia de las normas que tienen uno prescriptivo, por lo que nunca puede ser entendida que las normas sean o estén construidas por proposiciones normativas<sup>791</sup>.

Fuera de otras críticas que podrían señalarse al planteamiento de SCHULENBURG y no siendo materia de discusión aquí la fundamentación para los delitos de peligro abstracto como delitos de resultado<sup>792</sup>, la tripartición basada en una concepción idealista del bien jurídico, plantea algunos problemas.

En primer lugar, considerar al bien jurídico como valores ideales que se encarnan, presenta una base bastante lábil al momento de conjugarlo con necesidades sociales - *schwebt nicht in der Luft*-, cosa que en todo caso la autora hace la previsión que en un concepto “real” de bien jurídico aquella idea resulta superflua<sup>793</sup>. Pero más allá de ser solo superflua, siempre resulta un pie forzado y un *deus ex machina*, al tratar de resolver aspectos de la vida social con elementos ajenos a ella, como los son ‘principios’ y ‘figuras’ provenientes de la filosofía platónica y de la patrística (como la ‘idea’ que se ‘encarna’).

En segundo lugar, el problema de asignar por un lado el significado de valor para el concepto de bien jurídico, y por otro cribar y desechar la materialidad de él, deja valores que sino fuera por la definición de las conductas expresadas en el tipo, se encuentran más cercanas al derecho constitucional y a los valores constitucionales cercanos al ius naturalismo, y con ello, no se puede establecer una línea de demarcación clara entre unos y otros, y en los que sostienen el principio o finalidad de protección de bienes jurídicos del derecho penal, tampoco se demarca claramente la labor de protección entre éste y la Constitución Política. ¿Cuál sería la diferencia entonces, entre ‘valores jurídico-penales’ (bienes jurídico-penales) y ‘valores constitucionales’? ¿Hasta donde se llega -que es la crítica habitual ya al principio de protección de bienes jurídicos<sup>794</sup>- con la protección a dichos valores?

---

<sup>790</sup> Ídem. para la referencia al uso del lenguaje por la doctrina, e *Ibíd.* p. 258, para el uso que realizan las normas.

<sup>791</sup> “Para desentrañar la ambigüedad tenemos que comenzar por hacer una distinción muy importante (y muy conocida en la filosofía jurídica) entre *normas* y *proposiciones normativas*. Las normas son enunciados *prescriptivos* que se usan para ordenar, prohibir y permitir conductas humanas. Las proposiciones normativas son enunciados *descriptivos* que se usan para informar *acerca de* las normas o *acerca de* las obligaciones, prohibiciones o permisiones establecidas por las normas” [suprimido el resaltado del autor] (ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 25 y p. 173).

<sup>792</sup> Por ejemplo, en los casos que señala la concurrencia de lesión y delitos de peligro a la vez en objetos de bienes jurídicos y bienes jurídicos, no se explica como quedarían o como entran a jugar entonces las relaciones concursales. Por ejemplo, para el caso del §224 StGB párrafo 1 N° 5 a que hace mención la autora, la discusión se mediatiza a través de esta distinción entre objeto del bien jurídico y bien jurídico y se produce un intrínquilis con un argumento menos básico de lo que representa su resolución a través de figuras concursales de lesión y de peligro sin que si quiera las mencione, al menos su carácter problemático en colisión con su postulado sobre el bien jurídico.

<sup>793</sup> SCHULENBURG, JOHANNA, “Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva”, p. 360.

<sup>794</sup> Vid. JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, [trad. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J; SUÁREZ GONZÁLEZ, MANUEL CANCIO MELIÁ,], UAM Ediciones, Editorial Civitas, Madrid, 1997; KINDHÄUSER, URS, “Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, *Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 1, 2010; ZAFFARONI, RAÚL, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006; Fuera de las críticas centrales, ABANTO haría una pequeña revisión de las críticas al principio de protección y también contra-críticas. Vid. ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista penal*, N° 18, 2006, pp. 3-44. Y crítica específica a JAKOBS y su renuncia al principio de protección, *Ibíd.*, p. 27 y ss.

En tercer lugar, existe una asignación algo confusa de rótulos y roles, donde sus significados se topan ya dentro del patrimonio conceptual de otros conceptos. Así, un bien jurídico calificado del modo como lo hace la autora, entraría a ser equivalente en significado a los principios: un principio ni se vulnera ni se amenaza, y al existir una lesión encarna, desarrolla o se enmarca en los hechos el principio de ofensividad o lesividad. Los bienes jurídicos según la concepción de SCHULENBURG, no serían más que principios particularizados para cada objeto del bien jurídico, y al final éste habría de ocupar conceptualmente el lugar que habitualmente se concede al bien jurídico.

En el caso del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, la bipartición que puede vislumbrarse de un modo algo más claro en HORMAZÁBAL para el bien jurídico ("relación social concreta de carácter sintético normativo y sintético social"<sup>795</sup>), finalmente consiste en entender un concepto de bien jurídico como la relación social concreta y sintética, y el bien jurídico en tanto síntesis normativa, y en cuanto esta síntesis normativa involucra, por sobre el concepto anterior y en cuanto objeto cultural, un signo que connota un sistema de obligaciones determinado<sup>796</sup>, o bien, un sistema de relaciones jurídico-penales con una expresión normativa. Sólo en el evento que la expresión social se exprese normativamente, se produce la síntesis normativa que supone previamente la síntesis social, y además la expresión normativa en este evento, se comporta como expresión normativa de la expresión social de síntesis.

Para esta circunstancia, surge, hasta cierto punto, un bien jurídico que se infiere de la norma y de modo nominal, "al que se llega –según LASCURAÍN- tras la interpretación de los enunciados legales que incorporan [sic] la norma"<sup>797</sup>, ya que la indagación a la que se refiere el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, tiene en mente, por así decirlo, un bien jurídico hipotético, el cual es puesto en un contexto comparativo con aquel que la norma señala como bien jurídico, ya que sólo de ese modo es posible determinar si aquel es o no "reflejo" de la relación social.

Esto está relacionado, de forma íntima, con la significación que BUSTOS le otorga al bien jurídico en cuanto principio de carácter cognoscitivo<sup>798</sup>, con lo cual aquel se transforma en un indicador del *qué* y del *por qué* de la protección, informa acerca de su fundamento<sup>799</sup>, posibilitando así una función crítica del sistema<sup>800</sup>.

Dicha función crítica no puede ser ejercida sobre el *qué* y el *por qué*, sino en la medida de un conocimiento acerca de la existencia de relaciones sociales actuales como base en la constitución de un bien jurídico, porque sólo entonces la indagación puede determinar "si el derecho ha recogido lo que surge de la relación social".

¿Cómo saber si lo que se recoge, surge o no de la relación social? Disponiendo de un concepto previo aún antes que lo protegido sea nominal y normativamente un bien jurídico, que permita deducir si tal objeto de protección satisface el contenido material de un bien jurídico en tanto relaciones concretas. Esto abre la inferencia a un segundo concepto que el meramente normativo.

Las relaciones sociales concretas así, adquieren "*significación* de bien jurídico en cuanto *confirmadas* por la norma"<sup>801</sup> [el resaltado es nuestro], lo cual implica que la significación social previa se cristaliza en la relación social, y de ahí a la significación normativa que es el bien jurídico, ya que de lo contrario la norma no podría ser una

<sup>795</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, p. 152.

<sup>796</sup> ECO, UMBERTO, *Tratado de semiótica general*, pp. 50-51.

<sup>797</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, "Bien jurídico y objeto protegible", p. 127.

<sup>798</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4ª edición)*, p. 270; *Ibíd.*, p. 167.

<sup>799</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Control Social y sistema penal*, p. 175.

<sup>800</sup> *Ibíd.*, pp. 168-167; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general (4ª edición)*, p. 270.

<sup>801</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 72.

interacción “simbólica entre sujetos (...) de significaciones”<sup>802</sup>. Si existe una significación, existe una relación previa de significante y significado, el cual entendemos se da respecto del primero al bien jurídico, en razón del segundo, la relación social concreta. La sola significación supone, desde ya, algo previo a significar por el significante. Si el bien jurídico requiere confirmación de la norma, implica la existencia de ‘algo’ antes de la confirmación de la norma.

Sin estas relaciones sociales concretas, no tiene sustento material un bien jurídico. La realidad social, ya fija previamente relaciones sociales concretas susceptibles de ser consideradas normativamente. La lucha democrática sostenida guiará hacia los claros de posibles bienes jurídicos, pero siempre y cuando la materialidad de las relaciones sociales concretas se presente, y reflejen la clara exigencia de satisfacer necesidades humanas reales. Como relaciones sociales concretas y necesidades humanas reales<sup>803</sup> juegan dialécticamente en la realidad social, aún antes de su consagración normativa, con un claro contenido material.

Todo lo dicho implica, la irrenunciable posición de este significado del bien jurídico como materialidad, pero también, la necesidad de establecer diferenciaciones respecto de él y que estén relacionadas con los procesos de producción del derecho penal, y con sus definiciones político-criminales y dogmáticas.

#### **b. Observaciones a las posturas sobre el contenido material del bien jurídico**

Para comenzar el concepto de ‘objeto’ que AMELUNG realiza para determinar el contenido del bien jurídico, nos parece algo equívoco. El argumento que “un número o una poesía no pueden protegerse por medio del Derecho” es una caricatura antes que un razonamiento, puesto que cualquier ‘cosa’, ‘objeto’, ‘ente’, si se quiere que haya de ser jurídicamente observado, no es así sino en la medida que es relevante para el derecho, y antes, relevante socialmente como objeto de desaprobación o aprobación. Aún así incluso una poesía puede ser ‘objeto’ de protección si su relevancia jurídica se aprecia desde la esfera de los derechos de autor o propiedad intelectual<sup>804</sup>. Este detalle que puede ser baladí, representa algo que va un poco más allá, y que sirve para contra-argumentar idea general de AMELUNG sobre el respecto.

En primer lugar, utiliza la idea de ‘objeto’ (cosa) que entendemos que siempre es parcial y dominada por una tradición en su uso más que represente una ‘verdad’ óntica, y que por el contrario, la relación define de forma más acertada<sup>805</sup> (por ejemplo, la vida no es el “estado en el que se encuentra un objeto”<sup>806</sup>, sino más bien, y como ha sido definido desde el mundo de la biología, una relación biológica definida por la autopoiesis<sup>807</sup>).

<sup>802</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, p. 79.

<sup>803</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, pp. 74-75.

<sup>804</sup> Vid. AMELUNG, KNUT, “El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, p. 240.

<sup>805</sup> Vid. CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, “La relación como objeto de la Ciencia del Derecho Penal”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 1, 2012, Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, pp. 151-186, [Disponible online: <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v18n1/art06.pdf>], [fecha de visita: 26/11/2013].

<sup>806</sup> AMELUNG, KNUT, “El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, p. 241.

<sup>807</sup> “un sistema físico está vivo cuando es capaz de transformar la materia/energía externa en un proceso interno de automantenimiento y autogeneración (...) sistema autopoiético está organizado (esto es, se define como una unidad) como una red de procesos de producción (síntesis y destrucción) de componentes., en forma tal que estos componentes: (i) se regeneran continuamente e integran la red de transformaciones que los produjo, y (ii.) constituyen al sistema como una unidad distinguible en su dominio de existencia” (p. 27, p. 30) Cfr. VARELA, FRANCISCO, *El fenómeno de la vida*, [trad. Traduki], Santiago de Chile, Comunicaciones Noreste, 2000, pp. 24-38.

En segundo lugar, y en un presupuesto del que abjura absolutamente AMELUNG, es la existencia de un concepto “pre-positivo” de bien jurídico, lo cual encuentra que es una “estéril búsqueda”<sup>808</sup>. Sin embargo, encuentra un argumento que sin renunciar a su abjuración, involucre un elemento pre-positivo. Por un lado, acepta que existe algo físico respecto de lo cual se protege por derivación, esto es que si el objeto protegido contiene un sustrato físico, se protege consecuentemente dicho objeto físico. Por otro, niega que ese objeto físico sea protegido directamente. Con ello salva de aceptar un concepto “prejurídico”, pero lo acepta al argumentar la protección por derivación. Hay una suerte de evadir dicho concepto de modo rocambolesco. Pero lo que además cabría preguntarse es si abjura de él, por qué recurre a un sustrato material. ¿No será que el sustrato material es una molesta ‘realidad’ para quien renegando de ella, pretende fundamentar el bien jurídico?

Uno de los problemas en la tesis de AMELUNG para negar un concepto “pre-positivo” de bien jurídico, es que realiza un salto sin intermedios entre el objeto físico y la realidad normativa estatal, en aquellos casos en que se trata de los que llama hechos brutos. El ejemplo que ya sabemos nombra el autor es el de la vida, y aún en el caso de la libertad personal, como un estado de un objeto físico.

Sin entrar en la disquisición sobre aquello que el derecho penal recae para regulación o protección<sup>809</sup>, si fuese tal la protección como se defiende, habría de proteger el derecho (y/o derecho penal) la vida ‘en todo caso’, cuestión que no es así si pensamos en las excepciones a dicha protección ‘en todo caso’, como por ejemplo: en todos los casos de legítima defensa o en los de necesidad exculpante; el caso del suicidio que ni es punible ni socialmente reprobado, salvo para efectos morales y religiosos; la pena de muerte en algunos Estados, y en Chile mismo en casos de guerra; la guerra misma; la muerte animal por alimentación o caza deportiva (casos de vida no humana). En la libertad, las mismas penas de privación de libertad; los casos de retención o inocuización de una persona que se encuentra con un ataque de nervios en una situación de riesgo (piénsese en el bañista que se le golpea para asegurar la labor de salvataje); la prohibición de la salida de la habitación del hijo “castigado” por el padre. Lo mismo para la integridad física, en iguales casos de legítima defensa, en las autolesiones, y en las lesiones deportivas infligidas por otro. En delitos contra la propiedad, la destrucción de los mismos en estado de necesidad justificante. Si bien puede considerarse que aún el derecho penal, en los casos de legítima defensa o estado de necesidad, reprocha

---

<sup>808</sup> AMELUNG, KNUT, “El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, p. 235.

<sup>809</sup> ABANTO, por ejemplo, trae a colación el bien jurídico vida en los siguientes términos: “El ‘objeto del bien jurídico’ es aquel que constituye la concreción en el mundo real del valor ideal bien jurídico; el ‘objeto de la acción’ es aquel al cual se dirige directamente el ataque del delincuente. Puede haber amplia coincidencia entre estos dos conceptos (y, terminológicamente también con el ‘bien jurídico’), sobre todo en el caso de delitos contra bienes jurídicos individuales. En los atentados contra la vida, por ejemplo, existe un bien jurídico ‘vida’, como valor que es puesto en duda en cuanto a su vigencia, pero también existe una vida humana que, como ‘objeto de bien jurídico’ es atacada directamente, y por lo tanto, también es ‘objeto de la acción’” (ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, *Revista Penal*, N° 18, 2010, pp. 1-44. <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>, fecha de visita: 29/11/2013, p. 17). Cuando se ataca a un ser vivo, se realiza una acción sobre un objeto, que es el cuerpo del ser vivo. Sin embargo, dicha acción lo que ‘ataca’ es el funcionamiento del cuerpo del ser vivo, más que éste, en estricto rigor. Ahora bien, si alguien ataca el funcionamiento del cuerpo humano de tal modo que se produce la cesación de sus funciones vitales, la acción siempre será una lesión a dicho funcionamiento. En el mundo físico-biológico, no existen actos contra la vida, sino actos que afectan el funcionamiento, esto es y para que se entienda, lesiones. Esto porque la vida se pierde por una lesión que afecta el funcionamiento vital. Siguiendo los conceptos de ABANTO, el objeto de la acción no es la vida, sino el funcionamiento de un ser vivo; la acción no es ataque que afecta la vida, sino un ataque que afecta ese funcionamiento, esto es, una lesión.

jurídicamente la conducta por considerarla típica, mirado desde la óptica del objeto de la acción éste es de cualquier forma y siempre afectado.

Con o sin fundamento, existen situaciones donde la protección del derecho estatal, nunca es 'en todo caso' respecto de los hechos brutos. Las excepciones en su tratamiento marcan la diferencia entre los hechos brutos. Éstos, en cuantos objetos físicos o sus estados, no permite discriminar ni establecer líneas de demarcación ni excepciones, salvo en los casos de cambios de estados físicos o químicos, cuestión que en todo caso no coincide con los hechos excepcionales que poseen los objetos de protección legal, para no ser protegidos en algunos casos.

Para el caso de las que el autor llama "instituciones sociales"<sup>810</sup> o simplemente instituciones, es diferente, ya que aquí no existe un salto entre lo natural y lo normativo estatal, pero sí adolece de distinción clara entre lo social y aquél, confundiéndose entre uno y otro.

De ahí que entre la definición jurídica y la definición natural, existe una separación relativamente insalvable, con lo cual el derecho nunca puede proteger en todo caso los objetos físicos. Por ende, la relación que establece AMELUNG, bajo el presupuesto expuesto, sería equívoco.

Ahora bien y por otro lado, el que el bien jurídico se considere un valor por el general de las posturas, no agrega nada a lo que las consideraciones valorativas han de sostener respecto del derecho penal, al contrario, nos devuelve a la vieja confusión entre moral y derecho, que ha sido una de las cuestiones que se entienden como proscritas en el derecho. El bien jurídico así, corre el riesgo de "proteger" valoraciones morales<sup>811</sup>, como extremo, o en el de espiritualizar su naturaleza, aún con solo considerar al bien jurídico como una "idea"<sup>812</sup>.

Toda la línea que sostiene que el bien jurídico representa un valor o es un valor en sí mismo, nos devuelve a las teorías axiológicas que representan contenidos éticos. No es diverso al sistema que sostiene WELZEL sobre el fin ético-social que persigue el derecho penal.

El sistema BUSTOS-HORMAZÁBAL va un poco más allá, al señalar desvalor de la relación social, antes que el desvalor de la acción y del resultado planteado por WELZEL.

Esto es un tipo de valoración social distinto, en primer lugar, porque es una valoración social no de aspectos aislados de la realidad social, cosificados<sup>813</sup>, como la acción o el resultado, sino de interacción y mutua correspondencia, como lo es la relación social. Bajo este aspecto la acción en WELZEL, si bien trata de conducirla en tanto social, lo cierto es que la reduce en la práctica a una cuestión de desvaloración netamente psicológica, lo que de extremar sus consecuencias, el derecho puede rebasar peligrosamente los límites de la exterioridad hacia la interioridad del sujeto, baremo

---

<sup>810</sup> AMELUNG, KNUT, "El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", p. 243.

<sup>811</sup> FRISCH, WOLFGANG, "Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 309-340, pp. 313-315.

<sup>812</sup> Lo "ideal" del bien jurídico -en ROXIN y en el extremo esencialismo de SCHULENBURG- cae cuando se piensa en la desincriminación de conductas, donde la consideración de un bien jurídico pierde su significación social y desaparece del escenario. Dicha idea puede funcionar con bienes jurídico-penales que tenga coincidencia con derechos fundamentales de los llamados por el constitucionalismo de "primera generación", pero qué pasa en el evento de bienes jurídicos específicos, o donde no coinciden con derechos fundamentales, pero que tienen raíz en daños especialísimos, como en el caso de los actos contra animales y que son tipificados.

<sup>813</sup> Vid. las distinciones filosóficas entre la "cosa" y la "relación", y las aproximaciones para concretar a la relación como objeto de la ciencia penal, en CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, "La 'relación' como objeto de la ciencia del derecho penal", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 1, 2012, pp. 151-186.

establecido como forma de separar el derecho de la moral, y que al difuminarse esta línea puede suceder lo que nos advirtió el *primer JAKOBS*: el derecho penal del enemigo. Al posicionarse sobre la relación social, necesariamente el desvalor está determinado por aspectos que se externalizan y objetivan por depender de la relación social, que en sí es ya externalidad –como señala MARX y al concepto que acude HELLER- “objetualización” (*Vergegenständlichung*)<sup>814</sup>.

## 2. TOMA DE POSTURA

### a. Necesidad de una diferenciación conceptual

Estamos de acuerdo con AMELUNG y LASCURAIN, en que es necesaria la distinción terminológica para evitar la confusión sobre uno u otro concepto. De hecho FERRAJOLI, ha echado mano de signos tipográficos para representar contextualmente la diferencia entre sentidos en el bien jurídico<sup>815</sup>. Y sino se quiere llegar a establecer diferenciaciones tipográficas entre significante y significado como las de ECO<sup>816</sup>, se hace mejor determinar una terminología que, sin aún resolver el contenido material del bien jurídico, al menos nos permita:

- Establecer una diferenciación, arrojada ya específicamente por la tesis bipartita.
- Que ello nos permita adoptar una nomenclatura para diferenciar un bien jurídico nominal de un bien jurídico material.

No nos parece, en todo caso, la distinción lingüística de LASCURAIN, por los siguientes motivos.

En primer lugar, entendemos que para el sentido político-criminal LASCURAIN rechaza el adjetivo “jurídico”, por la “íntima conexión [de este término] con el derecho positivo y la utilización espontánea de la misma en un sentido formal”<sup>817</sup>. Sin embargo, la afirmación no es del todo correcta. Ello porque el término históricamente acuñado a la categoría, y en una reducción al absurdo, no es ‘bien positivo’, o ‘bien legal’, o ‘bien dogmático’, sino que utiliza el adjetivo “jurídico”, término que representa algo más que simplemente la ley o el texto positivo, y para ello basta sólo mencionarlo desde la teoría del derecho, y de la misma teoría del delito en razón de la antijuricidad. Lo jurídico, dejó de ser entendido hace un buen tiempo como sinónimo de legal, para la definición de la antijuricidad. Esto demuestra que el término “jurídico” es mucho más amplio que

---

<sup>814</sup> HELLER, ÁGNES, *Teoría de las necesidades en Marx*, [trad. J.F. Yvars], Ediciones Península, 1978, p. 44.

<sup>815</sup> “Un programa de derecho penal mínimo debe apuntar a una masiva deflación de los «bienes» penales y de las prohibiciones legales, como condición de su legitimidad política y jurídica. Es posible, también, que en esta reelaboración quede de manifiesto la oportunidad, en aras de la tutela de bienes fundamentales, de una mayor penalización de comportamientos hoy no adecuadamente prohibidos ni castigados: por ejemplo, la introducción de un delito específico de tortura (querido, por lo demás, por el art. 13, 4.º de la Constitución) frente a la tendencia jurisprudencial a eludir su punición” (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 477). No se quiso resaltar el término “«bienes»” utilizados por FERRAJOLI, para no confundir, ya que el término está tipográficamente denotado por el propio autor. De acuerdo al contexto, si se debe “deflacionar” –según su terminología–, al derecho penal, es decir, eliminar como bienes jurídicos, es porque el autor no los considera como tal, sino sólo nominalmente. Es decir, desde la materialidad crítica la formalidad. Pero para definir esa situación formal del bien jurídico, hace utilización de dichos signos tipográficos (« »).

<sup>816</sup> Vid. ECO, UMBERTO, *Tratado de semiótica general*, en particular, pp. 13-14.

<sup>817</sup> LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal”, pp. 255-256; LASCURAIN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 123.

simplemente “legal” o “positivo”. Ahora bien, el concepto material no entra en la esfera de la política-criminal, sino más bien en una esfera más reducida de éste, como lo es la política-penal, ya que no son todas las “estrategias” políticas<sup>818</sup> aplicadas a lo criminal lo que se debate al examinar la materialidad del bien jurídico, sino más bien todas las estrategias políticas aplicadas a lo penal, es decir, a aquello relativo al delito y a la pena, y no al crimen y a la respuesta social ante él. Si bien la política-penal no es privativa de abogados, lo cierto es que es una visión desde el derecho penal, hacia los fenómenos que la disciplina analiza. Por lo que no podría decirse que su ámbito de reflexiones y fenómenos a discutir no es “jurídico”.

En segundo lugar, el asimilar el contenido material a otro término diferente al de ‘bien jurídico’, implica desproporcionar al término de la significación propia del término, cuestión que ni favorece la atribución de sentidos próximos al status de ‘bien jurídico’, ni ayuda a una sistematización coherente y sin términos confusos. Si metodológicamente se gana al acoger la distinción, significativa y sistemáticamente puede perderse al acoger un término distinto.

Por ende, y en virtud de las razones aludidas, no se puede renunciar tampoco al término ‘bien jurídico’ para señalar al contenido material, o a aquel objeto que surge de la realidad social, y de las relaciones sociales. Pero por otro lado, tampoco se puede renunciar a usarlo respecto de aquel que es inferido del tejido normativo, o que está expresamente señalado en él.

Por eso, y por estas consideraciones es que para evitar confusiones metodológicas, es necesario hacer la distinción en los términos, y así hacer equivalente el patrimonio conceptual al terminológico, por lo que el término ‘bien jurídico’, para nosotros, se ha de mantener, pero se agregará en uno y otro caso, un adjetivo adicional que defina las características de cada concepto. De ahí que para el objeto de contenido material, y que surgiría de las relaciones sociales directas, conflictivas y criminalmente relevantes, y que originan relaciones jurídicas en el seno del derecho vivo, especificadas y denotadas ‘científicamente’ por la Sociología del Derecho, es lo que llamaremos *bien jurídico material* o *vivo*, y para el significado normativo, y como tal originado de la positivización del derecho estatal, denominaremos como *bien jurídico estatal* o *positivo*.

Si bien el término ‘bien jurídico’ a secas, ha de referirse al género de las especies recién señaladas, lo cierto es que apunta a una finalidad, en el sentido de que un bien, *para ser considerado* con estas características *debería* encontrarse dentro de una sociedad democrática, y por ende, expresar una síntesis de lo material y de lo positivo, y por ello, síntesis *normativa* de las *relaciones sociales concretas*.

Sin embargo, la mera aserción que el bien jurídico con estas características, consecuentemente se produzca en una sociedad democrática, como lo afirma la doctrina, es una hipótesis, más que ser una realidad, ya que finalmente es un supuesto que debe ser sometido a comprobación o test con aquélla, y que debiera afirmarse de modo interrogativo más que categórico, o de modo negativo más que positivo para su “falsabilidad” o cuestionamiento.

En otras palabras, *la sociedad democrática*, por un lado, *no afirma por su sola existencia* -y valga la redundancia- *la existencia de una síntesis normativa de relaciones sociales concretas y reales*, y por otro, *no afirma por su existencia que todos los bienes jurídicos expresados en la norma, han de tener aquella característica*.

De aceptar lo contrario respecto de la primera aserción nuestra, sería cerrar toda discusión sobre el punto, por la sola existencia de una sociedad democrática, cuestión que implica, a nivel lógico, axiomatizar un juicio que puede ser demostrado en contrario,

---

<sup>818</sup> ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA, *Política criminal*, p. 23.



con lo que se dogmatiza su contenido, y se torna –en el sentido freedeniano<sup>819</sup>- “ideológico”, o sea, un contenido no polemizable, y por ende, dogmático. En lo político, de existir tal juicio, y que debería de discutirse racionalmente, devendría en ser un juicio autoritario, al impedir su racionalización por la simple imposición del juicio como cierto; y juicios autoritarios en defensa de sociedades o Estados democráticos, es a lo menos, una superlativa contradicción. Así, se cierra toda posibilidad de crítica.

BUSTOS señala que “un derecho penal democrático sólo puede legitimarse a partir del bien jurídico, porque éste justamente es una concreción del proceso democrático real”<sup>820</sup>. Es decir, sólo un proceso democrático real da concreción al bien jurídico, por lo que y en sentido contrario, la no existencia de un proceso democrático real, no puede nunca dar concreción a un bien jurídico. Si es así, ¿qué es aquello que figura expresamente en la norma, o que es inferido como bien jurídico? Si seguimos el razonamiento bustiano, no puede entonces aquello ser un bien jurídico. Él lo denomina como un mero interés jurídico protegido<sup>821</sup>. O sea nominalmente un bien jurídico, pero carente de materialidad, un concepto “vacío e inútil”<sup>822</sup>, y como vacío de contenido, se puede llenar “tanto con flores como con explosivos”<sup>823</sup>, y así puede ser inútil, pero también útil para ser llenado de explosivos por quienes quieran definir, desde la esfera del poder político, nominalmente su contenido.

Esto da pie a un segundo evento derivado del enunciado expresado por BUSTOS: si un derecho penal democrático sólo puede legitimarse a partir del bien jurídico, entonces, un bien jurídico que no representa concreción de proceso democrático real, deslegitima como democrático al derecho penal. No sólo deja de ser crítico el bien jurídico, sino el derecho penal mismo.

Por ello la exigencia de fundamentación en el bien jurídico material es prioritario, ya que de denotar los procesos democráticos reales, legitima como democrático al derecho penal.

Sin embargo, y aún dentro del contexto mismo de una sociedad democrática, no siempre se produce una síntesis normativa de una relación social concreta, es decir, no siempre el contenido material y su expresión en la norma se corresponden en coherencia, ni como expresión de la misma, ya que para ello, debería existir una correspondencia entre los *bienes jurídicos estatales* y los *bienes jurídicos vivos*, donde todos y cada uno de los *bienes jurídicos estatales* son los que deberían estar, no existiendo *bienes jurídicos materiales* sin positivización. En efecto, sería un ideal pensar que todos los bienes jurídicos positivos en el contexto de una sociedad democrática, son real expresión de un bien jurídico material actual, existiendo en cada especie de *bien jurídico positivo* –en tanto se deduce para la *Parte Especial*-, diferencias particulares en sus coherencias: algunos podrán ser llamados bienes jurídicos, porque representan la síntesis entre el *bien jurídico vivo* o *material* y el *bien jurídico estatal* o *positivo*, o bien, la síntesis material es expresada normativamente, pero otros sólo serán *bienes jurídicos estatales* o *positivos*, representando y demostrando a la vez, la incoherencia igualmente particular del sistema. Es por ello que LASCURAÍN señala: “La segunda gran utilidad del concepto [de bien jurídico] es la de facilitar el *juicio de coherencia* de la *realidad protegida* con los *valores del sistema*: conocer si lo *protegido* es legítimamente *protegible*”<sup>824</sup> [el resaltado es nuestro].

<sup>819</sup> Vid. FREEDEN, MICHAEL, *Ideologies and Political Theory: A Conceptual Approach*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

<sup>820</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (3º edición), p. 55.

<sup>821</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Nuevo sistema de derecho penal*, p. 31.

<sup>822</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (3º edición), p. 55.

<sup>823</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica desmitificación del derecho*, p. 165.

<sup>824</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, “Bien jurídico y objeto protegible”, p. 131.

Todo lo dicho implicaría entonces, que no podría abandonarse la distinción metodológica entre *bienes jurídicos estatales* o *positivos* y *vivos* o *materiales*, y con ello, la diferenciación lingüística propuesta al abordar el concepto de bien jurídico, lo cual se cimenta a su vez, en una necesaria *diferenciación metodológica* para una adecuada sistematización científica en un patrimonio conceptual para el bien jurídico.

Esta última diferenciación puede *demostrar las incoherencias de la expresión discursiva del bien jurídico*. Y es en la expresión discursiva, ya que algún discurso, narración o relato referido por la ciencia penal a la mención de 'bien jurídico', confunde en la metodología los planos de la realidad social y normativa. Ello puede derivar en una justificación "axiológica", puesto que su uso puede ser orientado a justificar la existencia de un bien jurídico, no obstante que en sede de la semántica donde se lo refiere, puede estar simplemente describiendo, como quien dice 'tal delito vulnera X bien jurídico' (ámbito dogmático), debiendo decir realmente 'tal delito debiera vulnerar X bien jurídico' (ámbito político-criminal), con lo que se cae en la falacia naturalista que por este expediente rechaza AMELUNG (que no es sino la *Ley de Hume* de no hacer derivar descripciones de prescripciones y viceversa), sino además, puede estar escamoteando la realidad por un deseo, con lo que se fetichiza un bien jurídico. De ahí que la distinción metodológica sea clave.

No se hace posible entonces, describir un bien jurídico que no sea *positivo*, ya que de entrada no sabremos si estamos verdaderamente ante un bien jurídico con contenido material. Podemos presuponer que ciertos *bienes jurídicos estatales* lo tienen, y por ende, *ser realmente* un bien jurídico, de aquellos donde encontramos delitos clásicos, como el homicidio, por ejemplo. Pero aún así, es una presuposición que necesita de un análisis como el propuesto, para establecer un supuesto sobre el carácter real de bien jurídico.

Llevado al plano de la ciencia penal, la pregunta por el bien jurídico siempre será político-penal, o dicho en términos "falsables"<sup>825</sup>, *no hay pregunta sobre el bien jurídico que no sea político-penal*, porque solo ella indica, en primer lugar, una expectativa dogmática de que el *bien jurídico material* sintetice en y con el *bien jurídico estatal* o *positivo*; en segundo lugar, de si, frente a la tipificación de conductas, si estamos o no ante un bien jurídico con contenido material; en tercer lugar, y de orden *crítico*, si el *bien jurídico estatal* o *positivo* expresa la realidad de un *bien jurídico material* o *vivo*, o es sólo un fetiche, y con ello, se fetichiza el concepto mismo de derecho<sup>826</sup>.

#### **b. El sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL como postura asumida para la determinación del contenido material del bien jurídico**

Nuestra toma de postura en cuanto al contenido material del bien jurídico es el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, por dos motivos.

El primero, por las analogías sustantivas<sup>827</sup> evidentes entre el *antiformalismo*, y ésta tesis.

<sup>825</sup> Como sugiere POPPER. Vid. POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, pp. 66-67.

<sup>826</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica desmitificación del derecho*, p. 169.

<sup>827</sup> Obviamente existen ciertas referencias formales que son idénticas, como las que, por ejemplo, se hacen muy al estilo IHERING (aunque en realidad fuera MARX quien lo precisase) a la 'lucha', como en KANTOROWICZ ("La lucha por la Ciencia del Derecho"), y aún acercado a la dialéctica como en BÜLOW ("la lucha de las fuerzas sociales que sostienen y se oponen entre sí"; BÜLOW, OSKAR, *Legge e ufficio del giudice*, p. 203), y que luego BUSTOS refiriere en su continua consigna de la lucha por la democracia (BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal, Parte general* (3ª edición), p. 55). O bien, aquellas que formula HORMAZÁBAL respecto de lo "microsocial" y lo "macrosocial", expresión utilizada y conceptuada para la sociología por GURVITCH como expresión sistemática de la dialéctica ("En efecto, no negamos que sería necesario investigar antes si no [sic] se trata de repercusiones de la integración de los elementos *microsocial*-

En efecto, la base desde donde arrancan tanto la tesis antiformalista como la tesis del bien jurídico del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, es la ‘realidad social’ como marco general y como marco específico, las relaciones sociales.

Como ya fue visto, la realidad como marco social se menciona por prácticamente todos sus autores<sup>828</sup>, y ello también se refleja en el concepto de derecho desde donde algunos autores como KANTOROWICZ y NOVOA desprenden su universo conceptual; en cuanto a las relaciones sociales, diversos autores antiformalistas lo refieren, tales como BÜLOW al utilizar en un mismo contexto las ‘relaciones’ con lo social<sup>829</sup>; GÉNY al hablar de las relaciones sociales como fundamento<sup>830</sup>, e incluso en una nomenclatura muy cercana a lo referido en BUSTOS, como cuando KANTOROWICZ habla de “relaciones jurídicas concretas” como base<sup>831</sup>.

Aún en una referencia específica con el derecho penal, es posible hablar de una base social, como por ejemplo y respecto del mismo bien jurídico, al relacionar éste con un contenido material parece esbozarse en la referencia que hiciese NOVOA, y que señalásemos más atrás, en el entendido de tener los bienes jurídicos un “verdadero carácter de valores emanados de una concreta e histórica forma de concebir la sociedad”<sup>832</sup>, con lo que sugiere dicho contenido material<sup>833</sup>.

---

les o grupales en los *macrocosmos* sociales más vastos, que podrían, en ese caso, modificar sus caracteres, incluyendo sus matices cognitivos. Pero, no hay que olvidar los hechos siguientes. Las manifestaciones de la sociabilidad y los grupos no estructurados pueden, a su vez, en coyunturas favorables (como las guerras civiles e internacionales, las revoluciones, los movimientos populares de gran envergadura, etc.), obrar sobre los marcos sociales que los engloban tanto desde el punto de vista cognitivo como bajo cualquier otro aspecto. Así se confirma en la sociología del conocimiento la regla general de toda sociología, regla según la cual la microsociología bien hecha lleva finalmente a la macrosociología y, a la inversa, esta última no puede arreglárselas sin la ayuda de la primera que tiene en cuenta los detalles, las situaciones concretas y las coyunturas. La dialéctica de implicación mutua interviene aquí con una intensidad particular” [resaltado nuestro primera parte del párrafo, del autor en segunda parte] (GURVITCH, GEORGES, *Los marcos sociales del conocimiento*, [trad. Mario Giacchino], Monte Ávila Editores, 1969, p. 32). Igualmente vid. GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, [trad. Ángela Romera Vera], Editorial Rosario, Rosario, 1945).

<sup>828</sup> Por todos, *passim* GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*; KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho*; KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*.

<sup>829</sup> BÜLOW, OSKAR, *Legge e ufficio del giudice*, p. 203.

<sup>830</sup> GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §155, p. 520; §57, p. 115. Igualmente §90, p. 221; §90, p. 224.

<sup>831</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 368.

<sup>832</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *La evolución del derecho penal en el presente siglo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977, p. 72.

<sup>833</sup> Parece pugnar con esta idea, lo señalado por NOVOA como concepto de bien jurídico en su *Curso de Derecho Penal*, cuando dice: “Como resultado de la organización que el Derecho introduce en una sociedad humana, surgen los bienes jurídicos. Estos bienes jurídicos son valores que emanan del ordenamiento jurídico impuesto por el Derecho” [el resaltado es nuestro] (NOVOA, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno*, Parte General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 16). Como se comprueba, NOVOA en esta definición se refiere, en primer lugar, al Derecho entendido como derecho positivo, y en segundo lugar, a los bienes jurídicos teniendo como única fuente a dicho derecho positivo. No puede decirse que esté en confrontación a una idea contraria en dicho *Curso*, ya que solo da relevancia a la ley como fuente del Derecho penal, minimizando la práctica social como fuente de derecho en el desuso, y aún asignando ese desuso a la “lenidad de los órganos estatales encargados de la persecución penal, que omiten hacer constar la existencia del hecho que daría ineludiblemente lugar a la aplicación de la sanción” (Ibíd., p. 120). Lo cierto es que parece contestar esta última contradicción, en primer lugar, el hecho que la referencia es únicamente al aspecto punitivo del derecho penal, a solo el carácter sancionatorio, en cuanto prácticas que sean sancionables penalmente, y no en cuanto Derecho en su sentido amplio, no en cuanto al origen de las conductas o formas de ataques que si pueden ser definidas, y de hecho lo son, desde lo social. Respecto de la referencia a los bienes jurídicos como impuestos por el Estado, solo podríamos entenderlo como un desfase en relación a su pensamiento posterior, justamente por esta circunstancia, de haber evolucionado su

Las similitudes que existen entre la tesis del derecho vivo y la tesis del bien jurídico bustiana son marcadas, al hacer mención el penalista chileno que el tipo, es la descripción normativa (derecho estatal) de una situación social (derecho vivo); que la antijuricidad se expresa desde su antijuricidad formal (derecho estatal) que es la relación entre el ordenamiento jurídico y la relación social concreta, y la antijuricidad material (derecho vivo) que es la lesión al bien jurídico concreto. Pero en estas menciones, parece haber una cierta síntesis de la relación entre derecho vivo y el derecho estatal, y que podría conducir a no clarificar nítidamente el cómo se expresa esta diferencia en la tesis del bien jurídico.

La definición del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL sobre el bien jurídico como una síntesis normativa de las relaciones sociales concretas, de igual modo es análoga a la referencia que realiza GURVITCH para las “estructuras de derecho”. En efecto, este último considera que en la realidad social existen varias estructuras de derecho que se oponen y buscan equilibrio, donde cada estructura de derecho supone desde ya una “síntesis de diferentes clases de derecho”. Lo cual supone que cada estructura es una síntesis de clases de derechos, y si las sociedades totales engendran la “síntesis y equilibrio entre la multiplicidad de grupos”<sup>834</sup>, representan igualmente una síntesis en las clases de Derecho. Como puede comprobarse, esta síntesis de las estructuras, se asemeja, por el carácter de generación social y de pluralidad, al concepto de bien jurídico en el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL.

El segundo motivo para adherirnos a la tesis del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, porque a nuestro juicio, es el que satisface una precisión mayor a la hora de la determinación de un contenido material, porque describe elementos de la realidad que prefiguran dicho contenido, y todos ellos contruidos igualmente con una base material.

### **c. El concepto amplio del derecho penal: la base material del bien jurídico como derecho vivo**

El bien jurídico es en sí una relación social, y como tal, no es algo que pueda postularse independiente de dicha relación social, como hablar de la vida o la integridad física como si fuesen éstos verdaderamente un bien jurídico. Ellos expresados de ese modo y entendidos así, representan un valor ético, que como tal, pertenece más bien al derecho constitucional y a cualquier Constitución Política, por el tema de la incorporación de los derechos naturales en ella, como ha sido resaltado ya por el neo-constitucionalismo.

Pero en cuanto bien jurídico-penal, la cuestión es distinta, ya que en primer lugar, las relaciones sociales son entendidas en tanto existe una necesidad y su satisfacción como contenido material, ya que las necesidades son siempre sociales del mismo modo

---

pensamiento jurídico desde el tiempo de la primitiva redacción del *Curso* en 1960, a su visión antiformalista una década más tarde, y con ello, su visión total del derecho. Esto queda de algún modo reflejado en el “Prólogo” de la segunda edición del *Curso* al señalar las razones de la ausencia de la modificación de dicha segunda edición, entendiéndola más como una reimpresión, como se comprueban en sus propias palabras “Una segunda edición, aparecida tantos años después de la primera, debió haber sido puesta al día con el fin de recoger modificaciones legales, nueva jurisprudencia, formas modernas del pensamiento penal y las doctrinas más recientes. Ello no ha sido posible, sin embargo, porque los años que sucedieron al agotamiento de la primera edición coincidieron en buena parte con los años en que recayó sobre el autor un duro exilio político cuyo término no se divisa (...) La razón de más peso que me inclinó a una mera reimpresión, sin cambio alguno en el texto, fue la de que, pese a los años transcurridos, este *Curso* continúa siendo útil” (Ibíd., p. 120). Dicha labor nunca fue realizada, debido a la muerte de NOVOA, siendo la 3ª edición (o reimpresión) post-mortem.

<sup>834</sup> GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, p. 215.

que su satisfacción solo puede producirse en este contexto, lo cual proporciona de materialidad al concepto de bien jurídico.

En segundo lugar, lo que proporciona finalmente la definición del bien jurídico-penal, es su forma de ataque, porque aquél se define primeramente por su vulneración.

Dicho de otro modo un bien jurídico no puede pensarse sino va adherida conceptual y materialmente la vulneración, que no es más que la expresión del ataque a la relación de la necesidad y su satisfacción.

Un argumento en este sentido es, y mirado desde el punto de vista del lenguaje, que en la gramática legispenal, lo que siempre se explicita gramaticalmente es el tipo penal, esto es, la conducta, pero nunca (o rara vez) es explicitado el bien jurídico. No comúnmente es un elemento gramatical, sino que dentro de este contexto pertenece más bien al 'mundo de los conceptos'. Esto es, que aquél es inferido por la ciencia penal de una serie de expresiones lingüísticas, casi a nivel semiótico. Dogmáticamente no existe una independencia del bien jurídico, y ni siquiera podríamos decir gramaticalmente, como lo hemos señalado. No es posible indicarlo y analizarlo en una disposición, salvo en aquellos casos en que exista un párrafo o parágrafo de una ley que así lo indique, pero siempre bajo el señalamiento "delitos contra...", por ejemplo, y en muy raras ocasiones en Códigos penales sobre todo tradicionales, se le alude directamente en un tipo penal. Pero en esos casos, dicho bien jurídico específico (vida, integridad física) no puede entenderse sino va ligado al ataque que es a fin de cuenta, el elemento definidor de la penalidad, no la acción, sino la circunstancia de existir una interferencia entre la necesidad y su satisfacción, no cualquier interferencia, sino aquellas estimadas particularmente importantes por su gravedad y/o significación social.

La razón misma del derecho penal no es otra que en base a dicha interferencia, porque esto es lo que hace que establezca diferenciación en su naturaleza.

El tipo penal expresa esa forma de agresión. Y por ello, la máxima del sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, de que el contenido del tipo penal es el bien jurídico<sup>835</sup>, adquiere un sentido más concreto. El tipo penal ' nombra ' o expresa gramatical y semánticamente la agresión, la lesión, el ataque; pero no ' nombra ' al bien jurídico. Materialmente, aunque no gramaticalmente, lo subentiende.

Por esto, para comprender el concepto de bien jurídico en su base, no debe procederse por disociación sino por asociación, esto porque lo que se afecta no es la necesidad de modo separado de su satisfacción, sino por el contrario, es más bien la relación necesidad-satisfacción quien define, la materialidad del bien jurídico, y que es, a fin de cuentas, una relación social. Y particularmente, las necesidades existenciales y las propiamente no alienadas y las institucionales.

Situémonos en las necesidades existenciales para ejemplificar. Para TERRADILLOS es un punto de consenso para toda la doctrina en que las necesidades existenciales y frente a los ataques más graves es un "contenido mínimo vital" de base para el bien jurídico<sup>836</sup>. Ahora bien, cuando un tipo de necesidad como ésta es interferida, por ejemplo, en el caso de la vida, su interferencia puede ir desde no proporcionar el soporte para dicha necesidad existencial (alimentos, oxígeno), hasta lesionar el cuerpo en algún órgano de sustentación, con lo que pierde, biológicamente su organización y se destruye. Dicha conducta interfiere la relación de la necesidad y su satisfacción. Pero claro, como lo que importa al derecho penal es su significación dentro de la relación social, y no solo el hecho físico de la interferencia, en el "homicidio por piedad" por ejemplo, y siguiendo la idea de HORMAZÁBAL al respecto, si bien dicha interferencia

<sup>835</sup> "el bien jurídico da contenido material a la tipicidad" (HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 152).

<sup>836</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", p. 139.

está orientada a la destrucción física, el significado es la privación de sufrimiento que es entendida en algunas legislaciones penales como atenuante y que en la esperanza del penalista citado se concrete finamente en la despenalización<sup>837</sup>. Pero de alguna manera se encuentra igualmente orientada sobre la idea de la necesidad de existencia, porque no es solo una existencia física, sino biológica, y en ese sentido y para quien solicita el acto de eutanasia, su necesidad de ausencia de sufrimiento es biológicamente mayor a su necesidad de existencia, con lo que ésta última ya deja de ser verdaderamente una necesidad.

La materialidad del bien jurídico habría de ser, bajo esta perspectiva, la relación social entre la necesidad y su satisfacción, por tanto valorada como tal, según su significación social, esto es, como condición material y necesaria de existencia reconocida social y objetivamente<sup>838</sup>. La interferencia humana a esta relación, siempre será una afección, pero no siempre constituirá una conducta típica, ya que para ello se hace necesario determinarla así según su significación social y según la significación jurídica<sup>839</sup>, y en específico jurídico-penal. Y es aquella que consiste en una desvaloración social de la relación social<sup>840</sup>.

Toda esta base material que el derecho formal recoge o debería recoger, habría de ser para nosotros, el derecho penal vivo, que es el primer significado para la materialidad del derecho. Un concepto restringido de derecho penal, solo considera a la ley penal como derecho. Un concepto amplio, y que es el que entendemos aquí, debería considerar este derecho penal vivo, esta materialidad del cual la criminología da cuenta y centra su estudio, con lo cual el bien jurídico involucra y es punto de encuentro de estos dos sentidos de la materialidad: materialidad en cuanto derecho vivo y como contenido material del injusto.

Por ese contenido material es que se recoge o pretende recogerse, en las legislaciones positivas, ya que se entiende que “como difícilmente el lenguaje legal, estático, puede abarcar todos los supuestos que *ab initio* o con el transcurso del tiempo y por mutación de las circunstancias se dan en la realidad”, el bien jurídico “aunque éste ya esté recogido en la norma positiva no es una categoría dada, estática, sino condición de las funciones sin las que nuestra sociedad, con sus concretas características, no podría existir”<sup>841</sup>.

---

<sup>837</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, “Bien Jurídico: un debate continuo”, p. 430.

<sup>838</sup> “toda relación social, todo producto social es objetivación del hombre” (HELLER, ÁGNES, *Teoría de las necesidades en Marx*, [trad. J.F. Yvars], Ediciones Península, 1978, p. 44).

<sup>839</sup> “Con la definición legal como delito el comportamiento socialmente molesto adquiere significación jurídica” (BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 36).

<sup>840</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, “Significación social y tipicidad”, p. 40; BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, p. 231.

<sup>841</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, p. 128.

## CAPÍTULO IV: MODELO DE LOS DESFASES JURÍDICOS

### I. LOS DESFASES ENTRE DERECHO ESTATAL Y DERECHO VIVO Y EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL

#### 1. EL DESFASE ENTRE LA LEGISLACIÓN Y LA REALIDAD SOCIAL O EL DESFASE FORMAL-INFORMAL

Otra dimensión del problema del “derecho estatal”, para el antiformalismo, son los problemas de desajuste, desequilibrios o incongruencias o desfases entre el derecho estatal (y de la doctrina) con la realidad social, y que nosotros denominaremos genéricamente como *desfase*<sup>842</sup> *jurídico*.

El problema radicaba en una petrificación del derecho en relación a la realidad social que era móvil y dinámica. Si bien ya KIRCHMANN<sup>843</sup> lo señalaba, es EHRlich el que le da mayor vida a este tema<sup>844</sup>, y que se replica en otros autores de la *Escuela del Derecho Libre*, como en GÉNY<sup>845</sup>, por ejemplo.

En NOVOA se expresa de modo intenso la idea central de EHRlich, del desfase entre la realidad social y la legislación, o como el mismo lo señala la contraposición entre “Derecho socialmente imperante” y el “Derecho formalmente impuesto”<sup>846</sup>. Denominaremos a éste como *desfase formal-informal*, por la contraposición entre derecho formal e informal.

El *desfase formal-informal* NOVOA la concibe como un divorcio de la legislación con la realidad<sup>847</sup>, porque “el derecho se ha estancado y ha quedado muy atrás respecto de las veloces y hondas transformaciones que viven las sociedades del momento actual”<sup>848</sup>, donde “nuevas formas sociales prescinden en gran medida de los cánones jurídicos, siendo que el Derecho no se ha renovado a sí mismo y no tiene que ofrecer a esas nuevas formas”<sup>849</sup>. Para salvar este problema se procura “amoldar la sociedad a las formas de un Derecho superado, cuando no caduco”<sup>850</sup>.

En el libro *El derecho como obstáculo del cambio social* de 1975, NOVOA señala como después de las grandes guerras (1° y 2°) se produce un aumento de las leyes en

---

<sup>842</sup> NOVOA utiliza el término “incongruencia”. Preferimos sin embargo el de desfase, ya que éste representa semánticamente mejor la idea de dos cosas haber sido en un tiempo complementarias, y perder esa propiedad en razón del tiempo. Las incongruencias apuntan a algo que está más cercano a la lógica, y por ello, a un estado atemporal. Vid. NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 291.

<sup>843</sup> Ya KIRCHMANN señalaba lo siguiente: “Por lo que atañe a los juristas romanos, este procedimiento se propone hoy todavía como modelo. ¡Cosa extraña! ¡Como si en toda disciplina, y por ende también en el derecho, el método más exacto no fuera el que consiste en mirar los fenómenos nuevos libremente, cara a cara, profundizar su estudio sin ideas pre-conocidas, y así, hacer brotar exclusivamente de ellos mismos los nuevos conceptos y leyes!” (KIRCHMANN, J.H. Von, *La jurisprudencia no es ciencia*, [trad. Antonio Truyol Serra], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 18).

<sup>844</sup> Vid. ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociológico del derecho en Eugen Ehrlich*.

<sup>845</sup> “a más de la legislación propiamente dicha, que es a todas luces impotente para seguir de cerca la incesante evolución de las necesidades jurídicas” (GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §3, p. 7).

<sup>846</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 29.

<sup>847</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, “La renovación del Derecho”, p. 18; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 154.

<sup>848</sup> *Ibíd.*, p. 80.

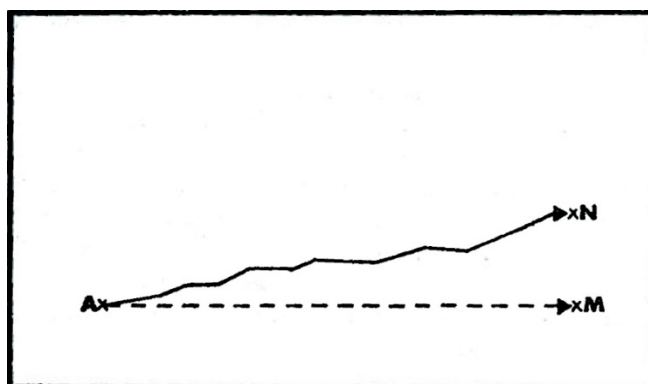
<sup>849</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, “La renovación del Derecho”, p. 7.

<sup>850</sup> *Ibíd.*, p. 12.

general que es conceptuado como desmesurado, generando así una maraña y atiborramiento de las leyes, cuestión que se agudiza con la falta de sistematización de las mismas. El problema más agudo, es principalmente la disociación entre las leyes antiguas y las nuevas, por la preexistencia de un conjunto de leyes de origen liberal-burgués e individualista, en conjunto con otras más modernas que tienen un fin más bien social. Entre ambas se produce el fenómeno de lo que NOVOA denomina como “disociación legislativa interna”<sup>851</sup>.

Esto ocurre generalmente porque las leyes en las legislaciones escritas y positivas, el contenido obligatorio, una vez dictada, se fija y se cristaliza. Pero la vida social tiene una movilidad, donde la sociedad está sujeta a diversos cambios como si fuese un organismo vivo. Es esta movilidad frente a dicha cristalización, que hace que las normas se desconecten de las realidades sociales a las que están llamadas a ser aplicadas.

Es así como el autor esquematiza estas diferencias del siguiente modo<sup>852</sup>:



La explicación para esta figura que proporciona NOVOA es la siguiente:

“Caso de una ley que se va haciendo cada vez más inadecuada a las necesidades sociales. Explicación: punto A= momento en que la ley entra en vigencia; *línea segmentada recta A-M*= proyección rígida de la ley en el tiempo; *línea sinuosa A-N*: proyección en el tiempo de la vida social cambiante”<sup>853</sup> [el resaltado es del autor].

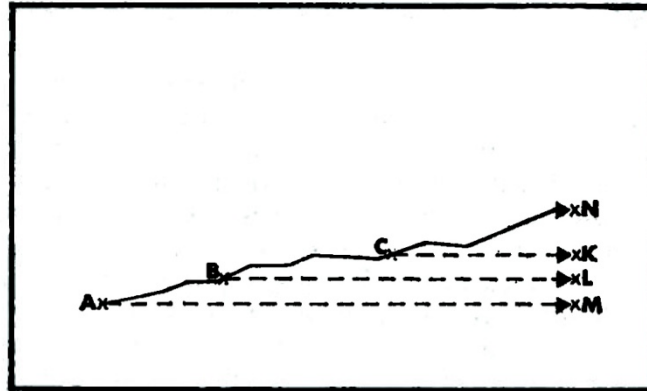
Y además la siguiente figura:

<sup>851</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Primera edición, Siglo XXI, Madrid, 1975, p. 24.

<sup>852</sup> Las figuras han sido extraídas del propio NOVOA, *El derecho como obstáculo del cambio social*, p. 35 y 38.

<sup>853</sup> *Ibíd.*, p. 35.





Explica el autor respecto de ésta lo que sigue:

“Caso de una ley que es modificada repetidas veces por el legislador para tratar de adecuarla a las cambiantes necesidades sociales. Explicación: *punto A*= momento en que la ley entra en vigencia; *punto B*= momento en que la ley es modificada por primera vez; *punto C*= momento en que la ley es modificada por segunda vez; *línea segmentada A-M*= proyección rígida de la ley en el tiempo; *línea sinuosa A-N*= proyección en el tiempo de la vida social cambiante; *línea segmentada B-L*= proyección rígida en el tiempo de la primera modificación de la ley; *línea segmentada C-K*= proyección rígida en el tiempo de la segunda modificación. Puede advertirse que aunque la ley sea modificada, de inmediato vuelve a separarse la cambiante realidad social”<sup>854</sup> [el resaltado es del autor].

Generalmente y dependiendo de una sociedad en concreto, la disociación entre la ley y la realidad social será notoria, cuando se van produciendo fenómenos de distinto orden, sobre todo cuando el mundo –en la época en que el autor escribe- ha adquirido una movilidad muy importante, y tales transformaciones han aumentado la brecha entre la ley y la realidad social, tales como las nuevas condiciones de la vida social, tales como avances tecnológicos y en el campo biológico, la introducción del azar en la física y la psicología que privilegia lo irracional e inconsciente del hombre, el cambio de las estructuras económico-sociales por un capitalismo a gran escala, los problemas medioambientales, la explosión demográfica que produce éxodo rural a la ciudad y desintegración familiar, aumento de problemas síquicos como consecuencia de lo anterior. Sin embargo, acusa que los esquemas jurídicos siguen subsistiendo.

“Deberíamos imaginar –señala NOVOA- que en el mundo empezó a aplicarse ya un nuevo Derecho que responde a tan alteradas exigencias sociales. La sorpresa para todos, salvo para la generalidad de los juristas, que parecen impermeables a esta clase de confrontaciones, es que el Derecho, salvo mínimas y en su mayor parte irrelevantes modificaciones parciales, no ha acusado manifiestos cambios”<sup>855</sup>.

A todo ello, NOVOA designa con el nombre de “cambio social”.

Si bien NOVOA no señala un concepto de “cambio social”, sí establece, como ya se vió, algunos señalamientos que constituyen elementos que le den un perfil al concepto.

NOVOA hace uso de ideas que se asimilan a la idea de *cambio social*: “progreso social”, “avance de las estructuras sociales”<sup>856</sup>, “avance social”, “nuevas tendencias

<sup>854</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 38.

<sup>855</sup> *Ibíd.*, pp. 44-45.

<sup>856</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 13.

político-económicas”<sup>857</sup>, “nuevo horizonte cultural”<sup>858</sup>, “transformaciones sociales rectificadoras”, “proyectos concretos de vida social”<sup>859</sup>.

Describe hechos que son relevantes cambios sociales, que respecto de ellos, o bien se dictan leyes que traten de satisfacer las necesidades que provienen de dichos cambios<sup>860</sup>, pero donde además el derecho operante mantiene sus esquemas e instituciones tradicionales en oposición a las leyes sociales ya dictadas o bien a aquellas que aún no se han dictado, comportándose así como un obstáculo para el cambio social.

Tales cambios sociales relevantes son enunciados de forma general:

“mientras la vida moderna tiene en nuestros países un curso extremadamente móvil, determinado por el progreso científico y tecnológico, por el crecimiento económico e industrial, por el influjo de nuevas concepciones sociales y políticas y por modificaciones culturales”

<sup>861</sup>.

Y ya yendo al detalle, señala cuáles serían dichos cambios:

- Cambios científicos y tecnológicos<sup>862</sup>.
- Cambios en la óptica científica: en la idea de racionalidad y regularidad por la de irracionalidad [Freud], incertidumbre y azar [Heisenberg]<sup>863</sup>.
- Cambios profundos en las estructuras económico-sociales<sup>864</sup>: Régimen liberal individualista, ascenso del capitalismo, existencia de sociedades transnacionales, el surgimiento del Derecho Económico, Administrativo y Fiscal.
- Cambios en la idea del Estado gendarme por el Estado de bienestar<sup>865</sup>.
- “Alarmantes perturbaciones” en el medio ambiente por causa del hombre: agotamiento de los recursos naturales no renovables, desequilibrio ecológico, contaminación ambiental, la radiación nuclear<sup>866</sup>.
- Nuevas manifestaciones sociales humanas: explosión demográfica, atracción urbana de la población rural, excesiva concentración poblacional, desintegración familiar, sentimiento de desarraigo y soledad, tendencia al escapismo vía drogas y alcohol, abandono de las formas tradicionales<sup>867</sup>.
- Desarrollo cultural<sup>868</sup>.
- Creación de organizaciones supranacionales<sup>869</sup>.

---

<sup>857</sup> Ibid., p. 14.

<sup>858</sup> Ibid., p. 14.

<sup>859</sup> Ibid., p. 14.

<sup>860</sup> “Las materias en las que la enorme mayoría de la población espera algo de aquello que constituye el sistema jurídico del país, versan preferentemente sobre formas de ingerencia y regulación del Estado en las actividades económicas y pertenecen, por ello, al Derecho económico, que es íntegramente Derecho moderno, o al Derecho administración o, incrementado y desarrollado grandemente con esas “leyes nuevas”, o conciernen a sus condiciones de trabajo, dependiente o independiente, caso en el cual quedan regidas por códigos laborales o del Trabajo o por leyes reguladoras ajenas a toda la legislación tradicional. O sea, se trata de todo un conjunto legislativo que entra de lleno en un marco que posteriormente hemos de señalar que encierra a aquello que se denomina “Derecho social”” (Ibid., pp. 28-29).

<sup>861</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 16.

<sup>862</sup> Ibid., p. 40.

<sup>863</sup> Ibid., pp. 41-42.

<sup>864</sup> Ibid., p. 41.

<sup>865</sup> Ibid., p. 42.

<sup>866</sup> Ibid., pp. 42-43.

<sup>867</sup> Ibid., p. 43.

<sup>868</sup> Ibid., pp. 44-45.

<sup>869</sup> Ibid., p. 44.

## 2. DESFASE DOCTRINARIO DEL DERECHO CON LA REALIDAD SOCIAL Y DE LA LEGISLACIÓN ANTIGUA CON LA NUEVA: DESFASE DOCTRINAL-INFORMAL Y DESFASE FORMAL

WENDELL HOLMES, señala que el error de la “jurisprudencia” (Teoría General del Derecho<sup>870</sup>) es a considerar que la única fuerza operante del Derecho es la Lógica, y que ello no es posible porque situaría al derecho más allá que las leyes de causalidad, al hacer posible deducir todos los principios y reglas de un fenómeno. Para ello se hace necesaria la historia, como la estadística y la economía. “Nos hallamos –señala WENDELL HOLMES- recién en el comienzo de una reacción filosófica, y de una reconsideración del valor de doctrinas que en su mayor parte son todavía aceptadas como moneda corriente, sin problematizar deliberada, consciente o sistemáticamente sus fundamentos”<sup>871</sup>.

De algún modo el pensamiento del jurista vislumbra el desfase que presentaría entonces la ciencia jurídica en relación al objeto de estudio.

Es eso lo que ve NOVOA en su tiempo, e incorpora dos problemas adicionales: un desfase entre la ciencia jurídica y la realidad social, y un segundo problema, como lo es la incoherencia entre la antigua legislación y la nueva. Para su mejor sistematización y rótulo, al primero denominaremos *desfase doctrinal-informal*; y al segundo, *desfase formal*<sup>872</sup>, por producirse el desfase dentro del mismo derecho formal, entre dos legislaciones.

NOVOA entiende que el concepto ‘Derecho’, también ha de significar a la ciencia del Derecho, la cual es definida por el autor como: “aquella que estudia los fenómenos jurídicos por la vía de su análisis racional y su ordenación sistemática, a fin de obtener una comprensión profunda de sus fundamentos, de sus características esenciales y de las relaciones que median entre ellos”<sup>873</sup>. Y sobre esta ciencia se pregunta si concurre de forma satisfactoria a proporcionar soluciones adecuadas al problema normativo social, respondiendo negativamente:

“porque el Derecho como ciencia ha sido elaborado sobre la base de postulados que ya no tienen real vigencia social, por corresponder a etapas históricas superadas, y se ha mostrado y se sigue mostrando enteramente incapaz de percibir su obsolescencia y de reaccionar con el fin de salir de su marasmo, de convertirse en un instrumentos de verdadera utilidad para una eficiente organización social y de colmar los requerimientos de las comunidades humanas del presente”<sup>874</sup>.

El *desfase doctrinal-informal*, si bien lo generaliza respecto de la dogmática en general, se centra sobre todo en el derecho penal. Se produce, según el autor, porque la dogmática penal sufre de un “estéril exclusivismo”<sup>875</sup>, transformándose para NOVOA en una “moderna escolástica”<sup>876</sup> –en similar sentido que KANTOROWICZ<sup>877</sup> - (y que en GÉNY

<sup>870</sup> HOLMES, OLIVER WENDELL, *La senda del derecho* [Eduardo Ángel Russo], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 44.

<sup>871</sup> *Ibíd.*, p. 34.

<sup>872</sup> Que NOVOA también llama “dislocación”: “En el derecho positivo (occidental) se observa una clara dislocación...” (NOVOA, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, p. 80).

<sup>873</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 68.

<sup>874</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, pp. 68-69.

<sup>875</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 241.

<sup>876</sup> *Ibíd.*, p. 292.

respecto del derecho en general trata como “excesos del procedimiento tradicional de interpretación jurídica”<sup>878</sup>) donde se exageran las “afirmaciones apriorísticas y los razonamientos puramente abstractos, con olvido de la realidad humana y social que está dentro de todo problema criminal”<sup>879</sup>. Esta cuestión genera una desconexión con la realidad e “incongruencias entre la realidad, su normativa y una teoría que en torno de ésta se formule”<sup>880</sup>. Esto lo grafica con la disputa causalista-finalista y su “bizantinismo”<sup>881</sup> alejado de los problemas reales<sup>882</sup>. El fundamento de su razonamiento lo basa en la idea que la ley es obra de hombres, de una ley con “vacíos, contradicciones y olvidos”<sup>883</sup>, y que por lo mismo, toda sistematización dogmática es construida sobre esta base. “Todo esto permite apreciar la forma –señala el autor- en que una elaboración dogmática arriesga alejar al jurista de la realidad y lo que ella puede contribuir a que pierda un equilibrado sentido crítico”<sup>884</sup>. Este desfase se trata de salvar “forzando las nuevas instituciones sociales dentro de las antiguas e inapropiadas categorías jurídicas. Pero como la realidad es más fuerte que cualquier intento de desconocerla o deformarla, pierden con ello prestigio las categorías jurídicas, y cada vez en mayor grado la sociedad en vital y pujante desarrollo se va acostumbrando a prescindir de marcos que no van bien con sus necesidades”<sup>885</sup>.

Es así como los modelos deben tener una repercusión en la aplicación práctica de la ley penal.

“Las elaboraciones dogmáticas –señala NOVOA- jamás debieran ser consideradas como conclusiones absolutas, sino, a lo sumo, como modelos aprovechables por el penalista para una mejor ordenación de su estudio metódico del hecho criminal y de su autor en sus aspectos normativos, modelos que habrán de ser esquemáticos, dúctiles para su buena adaptación a la realidad concreta y,

<sup>877</sup> Al definir el autor la postura de la *Escuela del Derecho Libre*, como un “asalto del último baluarte de la Escolástica” (KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 328)

<sup>878</sup> GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §4, p. 7. De ahí que se dé el “sentimiento de enérgica reacción” que señala GÉNY (Ídem.). Dicha reacción en el Derecho Civil en Italia en D'AGUANO, G., “Génesis y evolución del derecho civil”, ANCONA, *Archivio giuridico*, 1894, Tomo 52, pp. 292-298; ASTURATO, A., “La Scienza del diritto e suoi problemi metodologici”, *Rivista scientifica del diritto*, 1897, N° 1, pp. 6-23; POSADA, A., *Le droit et la question sociale*, en la *Rivista internazionale de sociologie*, Abril, 1898, Tomo 6.º, pp. 225-250. Cfr. GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, nota al pie N° I, §4, p. 10, quien los cita.

<sup>879</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 240. Igualmente podemos traer a colación lo señalado por KIRCHMANN cuando dice: “¿cuál es el objeto de tan excelentes disquisiciones científicas? ¿Es acaso lo absoluto, lo verdadero, lo necesario? ¿Tienen esos trabajos científicos un valor permanente, una utilidad ilimitada, como exige la ciencia?” (KIRCHMANN, J.H. VON, *La jurisprudencia no es ciencia*, [trad. Antonio Truyol Serra], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 31). Lo mismo en GÉNY: “Pero queda la duda, examinadas las cosas despacio, acerca de sí, por muy lejos que se vaya en el cultivo de estas nuevas ramas [ciencias sociales, política y económicas], y en tanto que el *arte jurídico*, como desdeñosamente se llama, *conserva su carácter exclusivista, y en cierto modo ideal*, bastará a corregir o siquiera a atenuar los reproches que se dirigen a éste, limitado a la pura y simple interpretación de los textos legales” [resaltado del autor] (GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §2, p. 3).

<sup>880</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 291.

<sup>881</sup> *Ibíd.*, p. 238.

<sup>882</sup> Y ante el cual encuentra una “reacción saludable” la de la moderna doctrina penal alemana representada en Jescheck y Roxin, y en España por Gimbernat (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, pp. 238-239).

<sup>883</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 240.

<sup>884</sup> *Ibíd.*, p. 241.

<sup>885</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, “La renovación del Derecho”, p. 12.

en todo caso, eminentemente relativos, a fin de que nunca puedan sobreponerse a las exigencias o circunstancias de ella<sup>886</sup>.

Expresa KANTOROWICZ respecto de la ciencia jurídica que “una vez que se haya conseguido desenmascarar a la ley, la ciencia no se contentará ya con el papel de humilde sirvienta del legislador, de ser su altavoz”<sup>887</sup>, ello porque “la ciencia constituye ‘descubrimiento de Derecho libre’ en cuanto halla y aplica Derecho de la comunidad”<sup>888</sup> y donde la aspiración es que “toda crítica del Derecho estatal, de la cual emana su progreso, desprenderá con necesidad lógica su módulo del Derecho libre”<sup>889</sup>.

El *desfase formal* tiene como fundamento el que el derecho se encuentra formado por una antigua legislación codificada que no es en su *súmmum* alterada, que se contrapone a la nueva legislación dictada la cual se corresponde con ciertos cambios sociales<sup>890</sup>. La legislación nueva, que está dirigida a resolver problemas económicos y sociales no se incorpora sistemáticamente con la legislación antigua, permaneciendo ambas disociadas como si respondieran a sistemas jurídicos distintos<sup>891</sup>.

El problema de el desfase no es una cuestión meramente formal, sino de fondo, esto porque la legislación antigua es inalterada básicamente porque responde a una ideología liberal-individualista burguesa<sup>892</sup>, a diferencia de la nuevas legislaciones que son nuevas con sentido social, aunque de menor calidad técnica que las antiguas<sup>893</sup>. Se obtiene así leyes inarmónicas, que pugnan entre sí, carentes de vertebración, donde aparecen leyes que tratan de conciliar ideologías y criterios divergentes de quienes participaron de su elaboración<sup>894</sup>.

Las reformas legislativas que van en el sentido de enmendar a la ley para ajustarse a dichos cambios sociales, en muchos casos son como señala NOVOA “parches”, que trae el problema de no ajustarse al espíritu de las leyes reformadas, al ser las nuevas leyes distintas en espíritu y ser absorbidas por la intención de aquéllas, lo que conduce a un quiebre sistemático en la coherencia por pertenecer ambos grupos de leyes a espíritus diversos y a una dificultad, por lo mismo, en la interpretación jurídica<sup>895</sup>.

Para salvar estos problemas NOVOA propone algunas cuestiones metodológicas que lo superen:

---

<sup>886</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 240.

<sup>887</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 342.

<sup>888</sup> *Ibíd.*, p. 342.

<sup>889</sup> *Ibíd.*, p. 336.

<sup>890</sup> Similar a lo que KIRCHMANN respecto del Derecho Romano: “De ahí aquel dualismo que se arrastra por todo el sistema del derecho romano; aquella contraposición, no resuelta, de formas rígidas y una libre movilidad, de un rigor literal y una equidad sin trabas” (KIRCHMANN, J.H. VON, *La jurisprudencia no es ciencia*, [trad. Antonio Truyol Serra], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 19).

<sup>891</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 51.

<sup>892</sup> NOVOA entiende a la ideología liberal-individualista o liberal-burguesa aquella de expresión del liberalismo y capitalismo ascendente en Europa. Estas ideas se fundan en el desarrollo teórico de las ideas de Hobbes, Locke, Spencer, Kant, Adam Smith, y aún Malthus -quien se opone a la solidaridad social-, ideas las cuales se debaten entre la libertad y la seguridad como valores primordiales. Importancia tiene un sector del protestantismo, sobre todo de EUA (sin aludirlo directamente), el cual se funda en el capitalismo, el cual, y como sostiene Ripert, habría impregnado todo el derecho francés, y que NOVOA hace extensivo, por la influencia en sus codificaciones, a Latinoamérica. Tal doctrina “se encuentra enquistada allí [la legislación latinoamericana surgida de la codificación], sino que en muchísimas oportunidades hace sentir activamente su presencia para amparar intereses o preservar situaciones establecidas disfrazándose de teoría jurídica válida, permanente y universal, siendo que no es sino una doctrina política” (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 127).

<sup>893</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 30.

<sup>894</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>895</sup> *Ibíd.*, p. 59.

- a) Determinar el “proyecto concreto de vida social”<sup>896</sup>, mediante la sociología.
- b) “Conceptos nuevos que reemplacen los ya obsoletos”<sup>897</sup>.
- c) Uso de métodos deductivo e inductivo, con prioridad del inductivo.
- d) Que la interpretación sea una manera apropiada de actualizar la ley escrita: así por “manera apropiada”<sup>898</sup>, entendería el autor lo siguiente:
  - i. Aplicación de la “*epiqueya*”, esto es, el substraer a un sujeto en un caso concreto de la aplicación de una ley específica, cuando el sentido de la ley escapa al mandato general que ella contiene.
  - ii. Aplicación de la interpretación progresiva para ajustar la ley a las nuevas circunstancias de la vida social, siempre y cuando se tengan presentes ciertos límites:
    - que la adaptación sea hasta donde permita el tenor literal de la ley<sup>899</sup>
    - que se tenga en consideración que la ley dictada forma parte de un sistema de Derecho preexistente en que por su introducción se producen “relaciones activas y pasivas con las demás disposiciones del mismo sistema”, donde tanto la ley impacta al sistema, como ella es afectada por el sistema al que se incorpora produciéndose así “corrientes comunicantes de transformación en uno y otro”<sup>900</sup>.

A esto agregamos las consideraciones de KANTOROWICZ para dicha solución.

En primer lugar, sostiene el autor que la ciencia jurídica esté en contacto con la realidad social, y en un tono bastante nietzscheano señala: “Nosotros, en cambio, aspiramos hacia una literatura [científica] del porvenir que, además de enseñar la ley, nos exponga las situaciones de la vida”<sup>901</sup>. Desde esta base, esto es, del derecho libre, o derecho vivo, debiera el jurista inferir su modelo explicativo<sup>902</sup>. Para ello debe estar en conocimiento de los hechos sociales, los cuales a su vez generan “ingenuos prejuicios de clase”<sup>903</sup>.

En segundo lugar, que se entienda el uso de los elementos de la lógica jurídica y de interpretación (interpretación restrictiva/extensiva; analogía) como instrumentos de la voluntad jurídica, en cuanto la elección de una u otra interpretación dependa de las consecuencias deseadas por el intérprete<sup>904</sup>. Sin embargo, y pese a la amplitud que pareciera darle el autor a la interpretación, de cualquier forma está limitado justamente el derecho libre o vivo en su interpretación, lo cual quiere significar no una voluntad tan libre que sea arbitraria, sino que su racionalidad (no obstante auto-rotularse como antirracionalista) habría, al menos, aneja a la comunidad y el derecho libre.

---

<sup>896</sup> Ibid., p. 198.

<sup>897</sup> Ibid., p. 180.

<sup>898</sup> Ibid., p. 206.

<sup>899</sup> Ibid., p. 207.

<sup>900</sup> Ibid., pp. 208-209.

<sup>901</sup> KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 368.

<sup>902</sup> Ibid., p. 342.

<sup>903</sup> Ibid., p. 369.

<sup>904</sup> “...no escogemos una construcción con todas sus consecuencias por ser la menos forzada, la más lógica, la más adecuada, la más natural, la mejor, sino que, al revés, una construcción nos parece reunir todas aquellas cualidades si sus consecuencias pueden ser deseadas por nosotros” (KANTOROWICZ, HERMANN, “La lucha por la Ciencia del Derecho”, p. 346).

### 3. EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL

En virtud de lo colegido de NOVOA, ésta es una situación diferente al problema del desfase, porque no existe aquí una pérdida de elasticidad solamente, sino que en este caso, el Derecho se vuelve un impedimento para el cambio social.

“La nota más deprimente –señala NOVOA - reside en que los preceptos, esquemas y principio jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo para éste”<sup>905</sup>.

Las razones de ser un obstáculo se pueden señalar de la siguiente forma:

- a) Normas carentes de flexibilidad.
- b) Normas con preponderancia en estructuras tradicionales.
- c) Defectuoso en la forma técnica y de redacción de las normas.
- d) Una legislación enmarañada y profusa hasta hacerla confusa.
- e) La idea que la legislación imperante es un sistema normativo completo, cerrado y coherente<sup>906</sup>.
- f) El carácter ideológico reaccionario del contenido del Derecho: Esto es que el Derecho tiene una base ideológica individualista burguesa, que reflejaría los intereses de clase, la pérdida de la fuerza social pujante de la legislación por la codificación que asegura formas de vida conservadoras, y que es un instrumento de sacralización de distorsiones del funcionamiento social<sup>907</sup>.
- g) La concepción que la ley responde a ciertos principios eternos e inmutables, heredados del Derecho Natural, y donde asegurar la estabilidad de la ley supone responder a aquellos principios inmutables.
- h) Idealización de la ley por los juristas, y de la figura del legislador.

Los puntos desde f) hasta h) pueden resumirse en lo que NOVOA llama de diversas formas para el Derecho: como un “mito” o un “mito jurídico”<sup>908</sup>, “fantasmagoría” o “ilusiones jurídicas”<sup>909</sup>, por medio de las cuales se mantiene un *establishment*, sostenidos por modernos sacerdotes (los juristas) que no hacen sino mantener los intereses de la clase dominante<sup>910</sup>. Es aquí donde se relaciona el concepto de derecho como fetiche según lo expuesto por NOVOA<sup>911</sup>.

Visto así, los puntos a) hasta e), son más bien un *obstáculo técnico* al cambio social. Por otro lado, los puntos f) hasta h) son más bien un *obstáculo ideológico* para dicho cambio social.

En este último punto, existe una relación estrecha con las leyes que poseen un núcleo duro ideológico y existe una correspondencia entre dichas leyes y el obstáculo

<sup>905</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 13.

<sup>906</sup> *Ibíd.*, p. 64. Y además por ello plantea como norte para el derecho la “integración de todos sus preceptos en un ordenamiento sistemático único, bien articulado y coherente” (*Ibíd.*, p. 66).

<sup>907</sup> *Ibíd.*, pp. 211-212.

<sup>908</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 65, p. 213.

<sup>909</sup> *Ibíd.*, p. 83.

<sup>910</sup> *Ibíd.*, p. 70.

<sup>911</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 169. Y que también se infiere esto de otros autores antiformalista como en GÉNY. FELIPE señala a propósito lo siguiente: “Gény sostiene categóricamente que debe atacarse el fetichismo de la ley escrita y codificada, elemento saliente del derecho tradicional, y debe renunciarse, bajo el régimen de la codificación, a la pretensión de encontrar en la ley escrita una fuente completa y suficiente de soluciones jurídica” (FELIPE, FUCITO, *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condiciones sociales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 169).

ideológico. Pero igualmente con el concepto de Derecho: la legislación que posee el núcleo duro ideológico es la base para la construcción del concepto de derecho (tal y como lo pensaban GÉNY y NOVOA), y al ser su reflejo se desprende del derecho vivo, convirtiéndose en un fetiche que de ese modo ‘protege’ dicha legislación. Con esto se crea un círculo vicioso, y una fetichización completa del derecho. Al ser de este modo, el derecho se convierte en un *obstáculo ideológico* al cambio social.

#### 4. CONCEPTO DE “CAMBIO SOCIAL”

Bajo todos los presupuestos anteriores, y sobre todo de las reflexiones de NOVOA, para nosotros cambio social habría de ser *un conjunto de modificaciones a la estructura social en un tiempo histórico, en razón de la aparición de nuevas formas de producción en las relaciones sociales*. Esto puede ir desde reformas sociales hasta la transformación social más global.

Gran parte se puede asociar esta idea con la de la aceleración el tiempo de KOSELLECK.

Base de esta aceleración del tiempo, se debe en gran parte a los descubrimientos e invenciones de las ciencias naturales<sup>912</sup>, y que tiene una fase agonal en el positivismo<sup>913</sup>, quien atribuye a esta aceleración del tiempo la idea del progreso, y luego en este sentido se habría de entender: el hombre, a través de las instancias de avance tecnológico, produce un avance en la historia que es acelerado y se abrevia, por ende, el tiempo en comparación a épocas pretéritas. “En el siglo XVIII –señala KOSELLECK– asistimos, por consiguiente, más allá de la experiencia de la aceleración política, a una intensificación del ritmo en el ámbito de la sociedad burguesa pujante económicamente”<sup>914</sup>. Esto se ha visto reflejado en todo avance tecnológico posterior con repercusiones en la estructura social, como la división del trabajo al incrementar la producción y la productividad, los medios de transporte donde tanto ciudadanos como mercancías son transportadas en mayor número y en mayor tiempo<sup>915</sup>, los medios de comunicación que transmiten mayor número de noticias con mayor velocidad, el incremento demográfico en tiempos más breves<sup>916</sup>.

Basado en esto, podemos decir que el problema del derecho en su relación a dicho cambio social, se presenta de dos modos:

- Como incapacidad de respuesta en un momento histórico. Tal incapacidad de respuesta se debe a que el derecho perdió en dicho momento histórico, su capacidad de adaptación frente a los nuevos hechos que surgen a consecuencia de dichas modificaciones sociales debido en gran parte a su aceleración, con lo cual aumenta la probabilidad de existir un desfase formal-informal y un desfase formal, cuando en este último caso, las nuevas leyes injertadas están en consonancia a la aceleración del momento de su dictación, y en disonancia con un núcleo duro de legislación clásica. Como resultado de esta pérdida de la capacidad de adaptación, es por lo que se produce el fenómeno del *desfase entre el derecho y el cambio social*.

---

<sup>912</sup> KOSELLECK, REINHART, *Aceleración, prognosis y secularización*, [trad. FAUSTINO ONCINA COVES], 1<sup>o</sup> edición, Pre-textos, Valencia, 2003, p. 53.

<sup>913</sup> *Ibíd.*, pp. 60-61.

<sup>914</sup> *Ibíd.*, pp. 65-66.

<sup>915</sup> *Ibíd.*, p. 66.

<sup>916</sup> *Ibíd.*, p. 67.



- Como obstáculo al cambio social, esto es, que el derecho obstruye con la legislación o a través de la interpretación judicial o doctrinaria, los cambios sociales. Y este es el fenómeno típicamente tal, del *derecho como obstáculo al cambio social*.

Todos estos problemas se irán desarrollando a continuación.

## 5. INEVITABILIDAD DEL DESFASE JURÍDICO

Así NOVOA señala lo siguiente: “Es inevitable que se produzcan incongruencias entre la realidad tan compleja, la preceptiva legal, tan defectuosa en su elaboración y una teorización que se basa en ésta, por altamente racionalizada que llegue a ser”<sup>917</sup>.

Entre éstas, NOVOA señala como inevitable el que hemos denominado como *desfase formal-informal* y diferencia entre, de acuerdo al argot antiformalista, el “derecho vivo” o “Derecho socialmente imperante” y el *derecho estatal*, o “Derecho formalmente impuesto”<sup>918</sup>. Y sería inevitable porque siempre la ley tiende a la rigidez por su carácter “normativo”; en oposición, el cambio social es por naturaleza, móvil y dinámico. Pero aquí es necesaria una salvedad.

Si el desfase se produce meramente por producirse un cambio social, se está de acuerdo con la afirmación de NOVOA, por ejemplo, con la aparición de la informática y de la mano de ella, como surgen fenómenos criminales nuevos donde la ley no tiene respuesta por su rigidez. Pero esta es un desfase que no necesariamente mira el aspecto ideológico de las leyes. Según de los dichos del propio NOVOA, y en general por la crítica marxista del derecho, las leyes contienen elementos ideológicos, o bien derechamente todo un cuerpo o conjunto de leyes estarán fundamentados por una ideología, sea que ésta sea o no expresada. Ésta es una de las consecuencias, a nuestro entender, de la tesis de la superestructura y del reflejo marxiano.

Desarrollemos este punto desde la crítica marxiana.

En el primer caso (leyes atrasadas/cambio social) tendremos leyes que simplemente son antiguas, rancias, inactuales, caducas, una veterolegislación que como tal, ha perdido su eficacia. Por ejemplo, toda legislación basada en la tecnología informática, tiene un plazo indeterminado de caducidad de su eficacia, ya que aquella siempre está incorporando nuevas formas tecnológicas, y de la mano de ellas, nuevos fenómenos. La relación con su objeto de regulación quedará desfasada, y se convertirá en veterolegislación. Pero la veterolegislación puede ser adaptada mediante modificaciones.

En el segundo caso (leyes “ideológicas”/cambio social), dentro de los conjuntos legales, pueden existir un grupo de leyes que constituyen un núcleo ideológico, ya que representan y sostienen una ideología, y que formalmente coinciden o con cuerpos legales provenientes de la ‘codificación’<sup>919</sup> cimentadas históricamente, o con

<sup>917</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 228. Y lo mismo en NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, p. 291 (“...necesariamente han de existir incongruencias entre la realidad, su normativa y una teoría que en torno de ésta se formule, por altamente racionalizada que llegue a ser y por mucho que acuda a pautas sistemáticas, generales y comprensivas”).

<sup>918</sup> Entre ambos criterios [Derecho socialmente imperante y Derecho formalmente impuesto] media la distancia que separa a un acto de voluntad dirigido al cumplimiento de una cierta conducta y la conducta que efectivamente sucede a ese acto” (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 29).

<sup>919</sup> “Lo que nos interesa poner de relieve es que un fenómeno tan nuevo, se ha ido introduciendo en la mayor parte de los países sin variación alguna de sus estructuras jurídicas tradicionales, no obstante que muchas

Constituciones Políticas ideologizadas, y donde existen diferencias cuasi naturales entre ley y las relaciones sociales reales<sup>920</sup>.

Este núcleo duro ideológico se sostendrá mientras no se modifique en una dirección ascendente en la estructura, y por ende, en la infraestructura, o bien en una dirección descendente de la estructura, esto es, en la misma superestructura. Tratándose de la primera dirección (dirección ascendente en la estructura), como todo cambio en la infraestructura tendrá una tendencia a condicionar el cambio de leyes (parte de la superestructura; MARX/ENGELS<sup>921</sup>, LECHNER<sup>922</sup>), para hacer soluble el desfase y evitable, habría que cambiar la infraestructura con lo que habría una tendencia a modificarse la superestructura. Tratándose de la segunda dirección (dirección descendente de la estructura), un cambio en la legislación hace mayormente probable un cambio en la infraestructura<sup>923</sup>. Pero aún existe una tercera dirección que no es vertical,

---

veces la contraviene abiertamente (...) llegamos a darnos cuenta de que estamos viviendo en un plano de organización económica que nada tiene que ver con el Derecho tradicional codificado" (Ibíd., p. 180).

<sup>920</sup> "Si el 'derecho vigente' encubre la construcción abusiva del sistema político, la ciudadanía tenderá, más tarde o temprano, a destacar la legalidad y a reimponer su fuente propia de legitimidad. 'La legitimidad surge del diálogo ciudadano'. De un libre, racional e informado consenso ('obtenido con argumentos'); único modo de evitar que 'las normas se deriven de órdenes' y que, por la 'positividad del derecho pueda, obtenerse validación jurídica para un contenido arbitrario'" (SALAZAR, GABRIEL; PINTO, JULIO, *Historia contemporánea de Chile. Estado, legitimidad, ciudadanía*, Tomo I, LOM, Santiago de Chile, p. 17).

<sup>921</sup> Marx/Engels, "El Capital": "...vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase [el resaltado es nuestro]; Marx, "Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política": El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. El modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general"; "el jurista cree manejar normas apriorísticas, sin darse cuenta de que estas normas no son más que simples reflejos económicos..."; Engels, Carta de "Engels a Konrad Schmidt"; Engels, Carta de "Engels a Francisco Mehring": "En lo que nosotros más insistíamos (...) era en derivar de los hechos económicos básicos las ideas políticas, jurídicas, etc., y los actos condicionados por ellas" (MARX, KARL/ ENGELS, FRIEDRICH, *Obras escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1980, p. 46, 182, 723, 726).

<sup>922</sup> "Así el hombre no reconoce en el derecho la proyección reflejada de la inversión de determinadas relaciones sociales, o sea, la apartencia socialmente necesaria de relaciones mercantiles, sino que a la vez torna absoluta la realidad invertida de la producción de mercancías en realidad racional y a su proyección jurídica en poder autónomo" (LECHNER, NORBERT, *Obras*, Tomo I: *Estado y derecho*, Fondo de cultura económica, México D.F., 2012, p. 273).

<sup>923</sup> En relación a la interacción mutua, en primer lugar, siempre es repetida y reiterada la cláusula por los autores originarios del marxismo que 'el hombre hace su propia historia', lo que implica que los rígidos condicionamientos entre superestructura e infraestructura que entendió el marxismo soviético ortodoxo, no es tan así (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, "Carta de F. Engels a W. Borgius", *Obras Escogidas*, pp. 731-732). En segundo lugar, ya se había declarado cómo se expresa esta interacción en carta de "Engels a W. Borgius" se señala: "El desarrollo político, jurídico, filosófico, religioso, literario, artístico, etc., descansa en el desarrollo económico. Pero todos ellos repercuten también los unos sobre los otros y sobre su base económica. No es que la situación económica sea la causa, lo único activo, y todo lo demás efectos puramente pasivos. Hay un juego de acciones y reacciones, sobre la base de la necesidad económica, que se impone siempre, en última instancia" (MARX, KARL/ ENGELS, FRIEDRICH, *Obras escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1980, p. 731). Del mismo modo VOLÓSHINOV: "Cuando se plantea el problema de la forma en que las bases determinan las ideologías, se da una respuesta correcta pero demasiado general y, por tanto, polivalente: las determinan causalmente. Si por causalidad se entiende una causalidad mecánica, así como la entienden hasta ahora y la definen los exponentes positivistas de las ciencias naturales, dicha respuesta resulta radicalmente falsa y en contradicción con los mismos fundamentos del materialismo dialéctico" (VOLÓSHINOV, VALENTÍN NIKOLÁIEVICH, *El Marxismo y la filosofía del lenguaje*, p. 37). Igualmente así lo entiende HELLER: "Toda formación social es un todo unitario (Gebilde), una globalidad de estructuras ordenadas entre sí de un modo coherente y que se fundamentan recíprocamente. Entre ellas no existen relaciones de tipo causal (ninguna es causa o consecuencia de la otra), su función sólo puede desarrollarse en virtud de su situación recíproca (...) También en el conocido párrafo en el que se ocupa de manera específica de la relación entre base económica y formas ideológicas, Marx trata la posición recíproca de las estructuras. Los procesos de la vida de la sociedad se reflejan en la sobreestructura, dado que los

sino horizontal, la que se produce mediante cambios en la misma parte de la superestructura, por medio de leyes que remuevan el contenido ideológico del núcleo duro de las leyes, mediante su eliminación completa o parcial, y que podrían instalar una tendencia al cambio de la infraestructura<sup>924</sup>. Así, todo cambio parcial de la legislación nuclear, es una reforma legal; todo cambio completo de la legislación nuclear, es una transformación legal<sup>925</sup>. Y de ser esto cierto, el problema del desfase por este expediente es posible de solución y no sería inevitable.

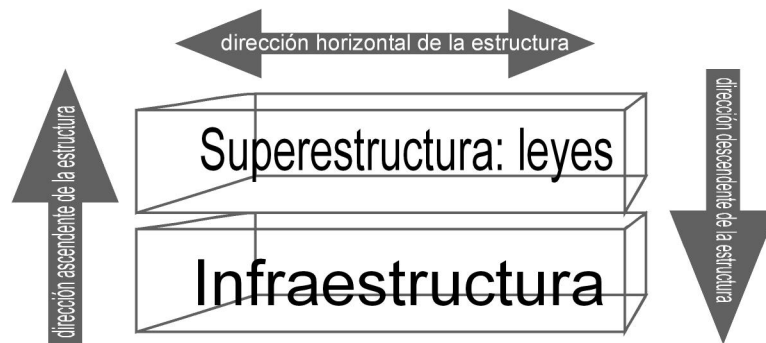
---

momentos de esta última «propagan» los conflictos de la base” (HELLER, ÁGNES, *Teoría de las necesidades en Marx*, [trad. J.F. Yvars], Ediciones Península, 1978, pp. 89-90) En cuanto a la influencia de la legislación en la base, LECHNER si bien reconoce la idea, admite que ésta no ha sido desarrollada convenientemente. Vid. LECHNER, NORBERT, *Obras*, Tomo I: *Estado y derecho*, Fondo de cultura económica, México D.F., 2012, p. 274, nota al pie 32; Igualmente ha de pensarse en la interpretación gubernamental que desarrolla el propio NOVOA como asesor jurídico bajo el gobierno de la UP en Chile, en cuanto utiliza unos leyes y decretos dictados con anterioridad, como por ejemplo de la época de la “República Socialista en Chile” el DL 520 del 30 de agosto de 1932, o la Ley Orgánica de la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), artículos del Código Civil y de Comercio, el DFL 274 de 1960, a efectos de evitar el desabastecimiento por causa del sabotaje interno (paros, comerciantes que ocultaban y hasta destruían mercaderías para provocar desabastecimiento) y externo al país que sufría el Gobierno de Allende, que le permitía intervenir empresas, y que es conocido como “resquicios legales” o “estrategia Vuskovic-Novoa” (Vuskovic como Ministro de Economía de la época). Por ello fue acusado de “formalista”. VILLALONGA a propósito de este punto señala: “Sin embargo, este formalismo que hace posible la subsistencia de los resquicios es un fenómeno propio de la tradición jurídica del Derecho Civil en general y de nuestro sistema legal en particular. Novoa solamente aprovecha aquella circunstancia, en abierta coherencia con una visión jurídica ambivalente: una idea de Derecho como obstáculo e instrumentos del cambio social (VILLALONGA, CRISTIÁN, *Revolución y Ley. La teoría crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal*, 1992.

<sup>924</sup> Las reformas legales que tienen por objeto modificar la infraestructura económica, son virtualmente cambios que podríamos llamar “no inerciales” (porque no son “condicionados” por la infraestructura, sino que es ella la que es afectada), y que en parte provienen de la superestructura. En esto tiene que ver mucho las revoluciones progresivas. Esto último, por ejemplo, ocurrió con la “tesis de los resquicios legales” de NOVOA, la cual se obtuvo inductivamente de la experiencia chilena, y que desarrolló en la práctica como asesor legal del presidente Allende, a través de la interpretación de determinados textos legales dictados en una época bastante anterior a la cual se pretendía su aplicación. Consistían básicamente en Decretos Leyes que contenían normas compatibles para autorizar expropiaciones de industrias de capitales extranjeros, con la mira de transformar la economía liberal y de favorecimiento al capital extranjero en desmedro del nacional, por una economía socialista. Esta modificación no es inercial, por la infraestructura establecida en dicha época, y es revolución táctica, porque utiliza un elemento producido por la infraestructura económica, pero que se subvierte para modificar dicha infraestructura. Cfr. por ejemplo la observación de LARA en relación al pensamiento de Allende sobre la revolución: “es [una revolución] creadora, puesto que señala como vía para conquistar el poder la legalidad, algo inédito en los procesos sociales que se proponían alcanzar el socialismo en aquél momento” [resaltado del autor] (LARA ÓRDENES, ELISEO, *La vía chilena al socialismo: El pensamiento político de Salvador Allende*, Proyecto A89, Santiago de Chile, 2013, p. 90). Esto en relación a la iniciativa de NOVOA.

<sup>925</sup> Porque efectivamente un cambio jurídico radical no puede derivar sino de una revolución que empiece por transformar profundamente a la sociedad conforme a bases nuevas y que, como consecuencia de ello, origine un nuevo Derecho desligado de las condiciones sociales que conocemos” [el resaltado es nuestro] (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 209).

## Cambios legislativos de las leyes nucleares ideológicas



En resumen y según nuestro juicio, solo sería inevitable el *desfase formal-informal* en la veterolegislación. Pero para el caso de la legislación nuclear ideológica, es probablemente soluble si se modifica la infraestructura o bien son eliminadas las leyes nucleares por otra legislación.

En el *desfase formal* dependerá de la convivencia entre una veterolegislación o leyes nucleares ideológicas, y la nueva legislación (generada por el cambio social), las que convivirán en un mismo espacio jurídico. Para el primer caso ambas leyes o siguen conviviendo (cuando se refieren a un “ámbito de validez”<sup>926</sup> distinto) o son o debiesen ser (so riesgo de existir “antinomias normativas”<sup>927</sup> o “inconsistencias normativas”<sup>928</sup>) derogadas tácitamente (cuando se refieren a un idéntico “ámbito de validez”), y son eliminadas, por derogación expresa. Para el segundo caso (leyes nucleares ideológicas), la convivencia es relativamente clara, en lo ya expuesto por NOVOA en *El derecho como obstáculo para el cambio social*, y que pueden notarse en leyes de inspiración liberal-individualista y leyes de carácter social (que en derecho constitucional se conocen como *derechos de primera generación* que podrían corresponder a las primeras leyes, y de *segunda y/o tercera generación* con las últimas). NOVOA señala para morigerar esta contradicción dos soluciones: a) hacer primar el interés colectivo o general por sobre el interés privado; b) desarrollar la idea de los deberes sociales para “equilibrar al sistema jurídico individualista basado en la exaltación desmesurada de los derechos individuales”<sup>929</sup>. Importante punto es el hecho que NOVOA no habla de eliminar las leyes nucleares ideológicas, y por ende, no plantea la transformación jurídica, sino más bien la reforma jurídica.

El *desfase doctrinal-informal*, depende de las categorías construidas sobre la base de la legislación nuclear, o sea, las explicaciones iuscientíficas dependerán de las categorías científicas creadas a la luz de la legislación nuclear y de la forma de hermenéutica usada. Tal paradoja es un tanto inconciliable e insalvable, y va a depender si las contradicciones son radicales o no.

<sup>926</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, p. 189.

<sup>927</sup> *Ibíd.*, pp. 188-191.

<sup>928</sup> ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, [trad. Genaro R. Carrió], Editorial Universitaria de Buenos Aires, 3<sup>o</sup> edición, 1974.

<sup>929</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 181.

## II. “ELASTICIDAD” DE LA LEY Y LAG LEGISLATIVO Y DETERMINACIÓN DE UN ÍNDICE PARA LA MEDICIÓN DEL DESFASE FORMAL-INFORMAL

### 1. CAPACIDAD DE ADAPTACIÓN DE LA LEY: ELASTICIDAD

#### a. Aclaraciones previas

De acuerdo a ASHBY la adaptación es la mantención de variables esenciales de un sistema dentro de sus límites fisiológicos, y las variables esenciales, son aquellas que se mantienen dentro ciertos límites para que un organismo pueda vivir<sup>930</sup>.

Si bien la ley no es un sistema viable, pero sus relaciones con la realidad social y sus formas de origen y extinción formal podrían ser comparativamente (sino metafóricamente) asemejables (pensemos en el llamado ‘derecho vivo’), podemos trasponer este concepto a nuestro estudio, esto es, determinando cuáles creemos que son variables esenciales en la ley sin las cuales podría perder su eficacia.

Señalemos las que consideramos variables esenciales de la ley en un sistema continental de ley escrita, bajo esta perspectiva:

- a) El tenor literal (*verba sententia*<sup>931</sup>).
- b) La razón legal (*ratio legis*<sup>932</sup>).
- c) El objeto de regulación (*ocassio legis*<sup>933</sup>)

La inexistencia de algunos de éstos, convierte a la ley en un texto obligatorio, pero sin un fundamento o correlato mínimo con la realidad social.

Por *tenor literal* (*verba sententia*) hemos de entender lo que usualmente se comprende, para el ‘elemento gramatical’ como método de interpretación<sup>934</sup>. Ello implica que el ámbito de análisis habría de ser la expresión formal de una relación social a la que el derecho se refiere para su regulación, en la expresión normativa.

Por *razón legal* (*ratio legis*), se ha de colegir el fundamento teleológico de la disposición legal o la ley en su totalidad, su fin, esto es, el *para qué* de su regulación o prescripción. Y esto, en el derecho penal, no puede ser confundido con el bien jurídico, plegándonos, en este punto, al fundamento señalado por ROXIN<sup>935</sup>. Por ejemplo, en el

<sup>930</sup> ASHBY, W. ROSS, *Proyecto para un cerebro* [Víctor Sánchez de Zavala] Estructura y función, Editorial Tecnos, Madrid, 1965, p. 77 y p. 83.

<sup>931</sup> Vid. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del “Código Civil” de Chile sobre interpretación de las leyes*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.

<sup>932</sup> Para este caso preferimos ésta locución latina, y no la de *ratio iuris*, como en DUCCI, ya que dicha *ratio iuris* se refiere al derecho en general, en cambio la *ratio legis* solo a la finalidad de la ley. Para nosotros la *ratio iuris* solamente puede ser establecida como resultado de la congruencia entre la ley y el derecho vivo. Vid. DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 120.

<sup>933</sup> Vid. DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 120; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, “Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Gényn”, *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 20, 1991, pp. 119-148, p. 138.

<sup>934</sup> De la clásica distinción que SAVIGNY explicita “el elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto la palabra, que constituye el medio para que el pensamiento del legislador se comunice con el nuestro. Consiste, por consiguiente, en la exposición de las leyes lingüísticas aplicadas por el legislador” (SAVIGNY, F. C., *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN; KANTAROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 29-248, p. 83).

<sup>935</sup> En efecto, señala el autor, respecto de lo que él llama el “concepto metodológico de bien jurídico” lo siguiente: “De este modo se diferencia [el concepto crítico de bien jurídico] del llamado «concepto metodológico» de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no hay que entender otra cosa que la finalidad de la ley, - la *ratio legis*. Este concepto de bien jurídico ha de rechazarse, porque no dice nada que vaya más allá del por lo demás reconocido principio de interpretación teleológica (...) la mera delimitación de la finalidad

delito de infanticidio, el antiguo fundamento de la honra de la mujer para la disminución de su punición, sería la *ratio legis* de la disposición, pero no incide en la definición del bien jurídico, ya que éste define el bien jurídico específico comprometido por su ataque, en la disposición, que habría de ser la vida del sujeto pasivo.

El *objeto de regulación* (*ocassio legis*), se refiere al contenido de la regulación, el *por qué* se está regulando o prescribiendo un hecho, acto, acción o relación, cuales podrían ser resumido para el derecho penal, en la conducta específica la que se refleja en el tipo penal en cuanto contenido de regulación del mismo.

Sin hechos descritos o referidos, no existe vínculo alguno con realidad alguna. Sin una razón legal, se tiene una ley sin finalidad. Sin objeto de regulación, una ley sin fundamento prescriptivo.

Y ya mirado desde el derecho penal, los tópicos anteriores, sobre todo dos apuntan de un modo u otro al bien jurídico; el tenor literal y el objeto de regulación, porque se referirían a la conducta expresada formal y materialmente en el tipo, conducta que expresa a su vez la relación de interferencia en la necesidad humana.

Ahora bien y para el entendimiento de estos tópicos como variables, y así establecer sus límites de existencia, es imprescindible relacionarlos con el trabajo hermenéutico, ya que éste, finalmente demuestra desde la argumentación, sobre la capacidad de adaptación de la ley. Dicho desde la teoría de la ciencia, la hipótesis de la ley habrá de prevalecer si el trabajo hermenéutico no demuestra su incapacidad de descripción o referencia a hechos (de la realidad social), y por ende y en estricto rigor jurídico, no demuestra su obsolescencia. Ésta es finalmente su adaptación a la realidad social, esto es, mientras dichas variables se mantengan dentro de límites hermenéuticos aceptables.

A esta capacidad de adaptación de la ley en relación a la realidad social denominaremos *elasticidad*<sup>936</sup>. A los límites hermenéuticos aceptables llamaremos *límite de elasticidad*. A la pérdida de elasticidad definitiva o deformación permanente nos referiremos con el término *ruptura de la elasticidad*.

## **b. Análisis de las variables esenciales de la ley**

Las variables serán dependientes, en general, a dos variables de la realidad social, como lo son la *práctica social* y el *juicio social*.

---

de la ley no constituye todavía un bien jurídico. La razón está en que con ello sólo se indica lo que quería el legislador. Lo importante es, sin embargo, si se ve perjudicada la coexistencia libre y pacífica de las personas, y esto es algo que ha de negarse cuando los excesos puedan evitarse mediante controles estatales" (ROXIN, CLAUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", pp. 448-449.

<sup>936</sup> OSSANDÓN ya hace uso anteriormente el término "elasticidad", refiriéndose a dicho término y al concepto "términos elásticos" en la gramática legal y para el derecho penal. Respecto de estos, el señalamiento que se hace de ellos es el siguiente: "El empleo de estos términos con elasticidad y capacidad de síntesis aparece como más idóneo para obtener una certeza (casuística) potencial, preferible a la imposible certeza de una casuística absoluta, siempre y cuando se remitan a principios valorativos o pautas extralegales objetivas y convencionales, sin quedar sometidos al mero arbitrio judicial, pues entonces podrían satisfacer adecuadamente las exigencias de seguridad jurídica" (OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA, "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXII, N°1, Julio 2009, pp. 159-183, [Disponible online: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art08.pdf>], [fecha de visita: 11/11/2014], p. 175).

Basados en algunos estudios sobre la práctica social<sup>937</sup> (pese a no existir cuantitativamente mayores revisiones conocidas relativos a la práctica social), podemos decir que las prácticas sociales han de ser, para este estudio, *el ejercicio de actos sociales por los sujetos concretos, determinados por sus condiciones materiales de existencia, y producidos con cierta periodicidad lo que le proporcionan cierta estabilidad en el tiempo*. Así aquéllos provienen de determinadas formas de relación social producidas en un contexto social igualmente determinado, y que adquieren cierta continuidad. La ausencia de saludo que entre los habitantes del campo sería una descortesía, en la ciudad es un hecho normalizado. En el primer caso estamos frente a una práctica social (el saludo) que en el segundo caso se encuentra ausente.

El juicio social, para nosotros, es *la expresión social de una idea compartida por los participantes de una comunidad específica, influida o determinada por las condiciones materiales de existencia, que presenta cierto consenso como producto de la retroalimentación social, y que se mantiene relativamente constante en el tiempo*. El juicio social pertenece más bien a la *doxa* que al *logos*, y está por ello sujeta al movimiento que experimenta lo social.

Por ejemplo, en el caso del tenor literal, las palabras utilizadas que son regularmente sustantivos y que aluden, por dicho carácter, a objetos, el desfase se manifestará porque el término refiérese a un objeto que se ha sido modificando y ya aquél pierde capacidad de representar las características de éste en su evolución, o bien, el objeto deja de existir o se transforma. Así, las referencias en la legislación chilena a “maravedís” o “escudos”, son anacrónicos, y ya el término no se condice con la realidad social, por la cual tanto la denominación como el objeto al cual apunta han cambiado. Esta modificación se registra legalmente casi de modo instantáneo al momento del cambio de denominación monetaria, y ya casi *M* no se angula con *N*, en la gráfica que expone dicho cambio. Pero en otros casos, u obsolescencia es sostenida en el tiempo, como en el caso del art. 447 N° 3 el término “posadero” pero donde su significado aún es referido a ciertas relaciones sociales que no se han modificado: quien hospeda gratuitamente o por estipendio a otro. En el primer caso (“escudo”) la ruptura de la elasticidad se produce de modo inmediato y junto al cambio social; en el segundo caso (posadero), el término es obsoleto como expresión lingüística<sup>938</sup>, pero es funcional para el

<sup>937</sup> Según CASTRO y otros, los tres elementos básicos para entender la práctica social son las mujeres, hombres y el mundo de los objetos, lo cual puede resumirse en el concepto “condiciones materiales”. El enfoque que le proporcionan a dichas prácticas los autores, desde los agentes sociales, es el de distancia social, entendida como “disimetrías sociales” y “diferenciaciones sexuales”. Ahora bien, las prácticas sociales pueden ser “socio-parentales”, “socio-económicas” y “socio-políticas”. En el caso de las *prácticas socio-parentales*, son las actividades realizadas por mujeres y/o hombres vinculados por lazos de consanguinidad o afinidad, donde se “aglutinan las actividades destinadas a la gestación, al amamantamiento, a la realización de aquellas tareas relacionadas con el mantenimiento de la fuerza de trabajo de una comunidad (...) y a la formación de niños y niñas en tanto que hombres y mujeres en lo que constituye la primera socialización de la condición sexual” (CASTRO, PEDRO; CHAPMAN, ROBERT; GILI SURIÑACH, SYLVIA; LULL, VICTOR; MICÓ PÉREZ, RAFAEL; RIHUETE HERRADA, CRISTINA; RISCH, ROBERTO; SANAHUAJA YLL, M<sup>a</sup> ENCARNA, “Teoría de las prácticas sociales”, *Complutum Extra*, 6 (II), 1996, pp. 35-48, p. 37). Las *prácticas socio-económicas*, “incluyen aquellas actividades destinadas a la obtención, procesado y/o conservación de alimentos y a la fabricación y mantenimiento de implementos, cuyo destino originario se orientó a la satisfacción de las exigencias mínimas de la vida social” (Ibíd., p. 38). Las *prácticas socio-políticas*, “son aquellas que, mediante acuerdos o imposiciones, están destinadas a establecer formas de cooperación o de distancia social, tanto en el seno de la reproducción de los agentes sociales (...) como en el de las condiciones materiales de la vida social” (Ibíd., p. 40). El Estado, dentro de este plano, viene a instituir prácticas o influir en los ámbitos socio-parentales.

<sup>938</sup> Como anticuada la considera la doctrina penal chilena. POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, M<sup>a</sup> CECILIA, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte Especial, p. 317; ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, Tomo III, p. 310.

significado legal, con lo que posee una tendencia a la mayor elasticidad, que el anterior que logró su punto de ruptura.

La obsolescencia de una ley marcada por la falta de objeto de regulación (*ocassio legis*), es aquella que marca una distancia con la realidad social, ya que el objeto está muy determinado por lo que en un tiempo histórico específico quiere regularse de la realidad social, y está relacionado finalmente con aquellas *prácticas sociales* en las que pretende realizarse una prescripción respecto de ellas (en la trivalencia deóntica, mandar, prohibir o permitir). Ocurre, por ejemplo, con las disposiciones del artículo 409 a 411 del Código Penal chileno, todas ellas referidas al delito de duelo.

Es un hecho histórico que el último duelo registrado en Chile fue el que protagonizaron en 1953 Salvador Allende<sup>939</sup> y Raúl Rettig<sup>940</sup>, por cuestiones de honor (o por un mujer dicen las crónicas<sup>941</sup>). No obstante realizarse éste (y errar, por ser afortunadamente malos tiradores), nunca existió la denuncia del hecho vía penal, porque ya su uso parecía aún para esa época, una curiosidad histórica.

El duelo como delito, ha sido calificado por la doctrina penal chilena como carente de significación práctica social y como anacrónico<sup>942</sup>. La moción de ley contenida en el Boletín N° 7448-07, que “Elimina la figura del duelo de nuestra legislación penal”, señala que “dicha tradición se encuentra en desuso en nuestro país hace varias décadas, debido a que la sociedad ha encontrado formas más civilizadas de resolver los conflictos”, además calificándola de anacrónica e improcedente.

En el caso de la razón legal (*ratio legis*), la obsolescencia está marcada por la ausencia o no de fin en una ley, y su relación como regulación mira hacia los *juicios sociales* (en el sentido de expresión de un pensamiento). Por ejemplo, si el delito de infanticidio del art. 394 Código Penal chileno se considera como figura privilegiada en razón del honor<sup>943</sup>, dicho privilegio atenuatorio de la responsabilidad penal va de la mano de un juicio social sobre la maternidad fuera de las nupcias, cuestión que hoy dicho juicio social en Chile, no tiene relevancia ética o moral. Entonces, su *ratio legis* deja de existir, y con ello, el sentido teleológico de la ley sobre lo que regula (protege, para la mayoría de la doctrina penal).

En el caso concreto, si bien posee obsolescencia por este expediente, la conducta en los hechos aún se verifica, el hecho en sí no ha dejado de existir, con lo que desde el punto de vista de su tenor literal relativo a la subsunción (tipicidad penal para el caso) no ha perdido elasticidad alguna. Esto es, el infanticidio en Chile carece de *ratio legis*, aunque su tipicidad es incuestionable.

---

<sup>939</sup> Presidente de Chile en el período 1970-1973, derrocado por las fuerzas militares chilenas, muerto en la casa de gobierno en Chile, “La Moneda”.

<sup>940</sup> Conocido por presidir la Comisión sobre Verdad y Reconciliación del cual surge el primer Informe de derecho humanos y que contiene la información de detenidos y desaparecidos, siendo estos últimos, la obra y legado de la dictadura militar chilena, para las generaciones presentes y futuras.

<sup>941</sup> RAVEST SANTIS, GUILLERMO, *Pretérito imperfecto: memorias de un reportero en tiempos chilenos de la Guerra Fría*, LOM, Santiago de Chile, 2009, pp. 23-32.

<sup>942</sup> POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN, *Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, p. 385; GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal*, Parte Especial, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 139.

<sup>943</sup> Ello porque en Chile, el delito de infanticidio del art. 394 del Código Penal, es considerado por la doctrina penal basada en la historia del establecimiento de la ley, como sin razón de ser alguna para su atenuación. Pero siendo así, no tiene ya que ver con juicio social alguno, sino más bien con su *ratio essendi*. A propósito señala ETCHEBERRY: “...el infanticidio está concebido entre nosotros de un modelo puramente objetivo. Se aplicará el Art. 394, tanto si el motivo parece excusable, tales la vergüenza o la extrema miseria, como si hay motivo vituperable, v. gr., la codicia o la pura maldad. (ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, Tomo III, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pp. 78); Vid. POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN, *Derecho Penal Chileno*, Parte Especial, pp. 103-106.



Con ello se confirma el hecho que los cuatro aspectos mencionados (tenor literal, *ratio legis*, objeto), no son necesariamente presupuesto entre unos y otros, dándose dicho evento de modo contingente. Por ello, es su consideración como variables.

Por su parte, menor rigidez que las anteriores y mayor elasticidad, habría de tener el *tenor literal* (*verba sententia*), ya que en éste se considera el cómo las palabras de la ley pueden ser ajustadas a los cambios sociales, y en este caso, las denominaciones, conceptos, expresiones tienden a tener mayor flexibilidad interpretativa que al considerar juicios sociales o prácticas sociales.

GUASTINI denomina como “argumento naturalístico” aquel que:

“que apela a la naturaleza de las cosas” –concretamente, a las *variaciones en las circunstancias de hecho* (sociales, etcétera)- para desacreditar el significado literal de un documento normativo, porque (ya) no se ajusta a la realidad. Es evidente que este tipo de argumento es poco practicable en la interpretación de documentos normativos relativamente recientes; mientras que puede ser muy persuasivo, si se aplica a fuentes más o menos lejanas en el tiempo” [el resaltado es nuestro]<sup>944</sup>.

Para el caso aquí en análisis, más que ser este solo un argumento que contraría las posibilidades del tenor literal de la ley *in pro* de las variaciones sociales, persigue más bien describirla como una variable de la misma, y consignar como opera ante la elasticidad. Si GUASTINI lo trata como un argumento retórico, aquí es concebido como una forma descriptiva. Pero lo reciente o lo lejano del tiempo que percibe el autor, resalta, de algún modo, el hecho de la existencia del tiempo cronológico que media entre la dictación de la ley y una argumentación que se realiza en un momento histórico determinado diferente de la dictación de aquella y el cual ha experimentado cambios por el constante movimiento histórico (“variaciones en las circunstancias de hecho”), reconociendo tácitamente el desfase formal-informal.

Pero naturalmente posee un límite a su elasticidad que está marcado por la misma literalidad y el principio de legalidad -como bien señalaba NOVOA<sup>945</sup>-, sobre todo en el ámbito penal, esto es, que no puede su elasticidad ser mayor a lo que la literalidad de la ley permite.

Desde la *interpretación restrictiva*, pasando por la *declarativa* hasta la *extensiva*, la tensión en la elasticidad irá de menor a mayor, teniendo su punto de ruptura en los límites de la *extensiva*. La *interpretación progresiva* opera como un homeostato hermenéutico, que permite cierta ‘regulación’ entre la ley y la realidad social, desde la hermenéutica.

En el caso del derecho penal, existen alteraciones a estas observaciones. En principio la interpretación extensiva cede completamente ante la interpretación declarativa y restrictiva, con lo que se privilegia la rigidez antes que la elasticidad (*ratione legis stricta*), por la gravedad de las consecuencias que la penalidad trae aneja. Ello implica que cualquier disposición penal va a tener índices siempre menores de elasticidad que una disposición de otros sectores legales.

Es por ello que normalmente las argumentaciones que tienden a “crear derecho” o -siendo más complacientes- a extender los supuestos de hecho de la ley a otras situaciones fácticas distintas de las que se pueden inferir de aquella, son ciertamente suprimidas en el derecho penal, con lo que, en principio, la interpretación extensiva queda vedada. Sin embargo se sabe que ocurre dicho evento, mientras la interpretación conduzca a una consecuencia más grave para el ‘reo’, puesto que de ser *in favor rei*, la

<sup>944</sup> GUASTINI, RICCARDO, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, [Mariana Gascón; Miguel Carbonell] Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1999, p. 33.

<sup>945</sup> Vid. NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 207.

circunstancia cambia con efectos admisivos de una *extensión* en la interpretación. Y por ello señalamos que la supresión de la interpretación extensiva, era solo ‘en principio’.

Bajo este contexto se admite el argumento *a simili* o analogía cuando es *in bonam partem*, y se rechaza *in malam partem*, como es del caso, para nosotros (como para la mayoría de la doctrina<sup>946</sup>) y en el derecho chileno, de la interpretación doctrinaria que incluye a la mujer como sujeto activo de violación dentro de la disposición del art. 361 del Código Penal chileno<sup>947</sup>, que aunque se alude como fundamento una interpretación teleológica basado en el bien jurídico ‘protegido’, lo cierto que finalmente es un argumento *a simili* que señalaría que:

Argumento <i>a simili</i>	Silogismo por imputación (Kelsen) – conducta típica	Silogismo por imputación (Kelsen) – bien jurídico
‘donde existe la misma razón’	Si el hombre que penetra carnalmente bajo los supuestos típicos, es condenado por el delito de violación....	Si existe el mismo bien jurídico vulnerado en la conducta del varón...
‘existe la misma disposición’	...entonces, la mujer que se hace penetrar carnalmente bajo los mismos supuestos típicos debe ser castigada por el delito de violación	...entonces si la misma conducta vulnera el mismo bien jurídico por la mujer debería recibir el mismo castigo.

Es cierto que una interpretación como ésta, daría elasticidad a una disposición que nace ya con obsolescencia en uno de sus elementos típicos, como lo es la determinación del sujeto activo, al no incluir a la mujer como sujeto activo de violación de modo expreso, y que es una realidad social experimentada en el hoy por un cambio social producido en las prácticas sociales (la penetración carnal que la mujer logra de otro sin su voluntad o viciada, hoy es un hecho reconocido como socialmente existente), en los juicios sociales (tal hecho es socialmente reprobado), y en las relaciones sociales relevantes (existen

<sup>946</sup> Expresamente utilizando el argumento de la analogía vid. POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte Especial, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 251.

<sup>947</sup> En Chile y en la doctrina penal, CARNEVALI considera que la mujer es sujeto activo del delito de violación. Para llegar a esa conclusión es necesaria la interpretación pero no con un criterio formalista, basado en la gramática legal, sino más bien en un criterio teleológico, teniendo en vista el fin o *telos* de la ley, lo cual es posible deducirlo si se tiene en consideración el principio político-criminal de la protección a los bienes jurídicos. El autor fija sus ojos, como primer argumento, en la conducta de la violación del menor de 14 años por una mujer para definir su concepto. Así, la mirada se debe centrar en el bien jurídico protegido respecto de este delito, que para él es la libertad sexual “potencial” o “futura” del menor. De considerar la penetración masculina de un sujeto activo como violación y no comprender a la mujer como sujeto activo, los bienes jurídicos tutelados recibirían “una desigual protección”. Fuera de esto señala que quienes piensan que esta última conducta habría que relegarla a constituir un abuso sexual y consideran a su vez que la penetración es acceso carnal, yerran, ya que el artículo 366 y 366 bis señalan como conductas típicas el que *realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal*, pero en el caso del varón menor de 14 años que ha tenido relaciones sexuales, existiría penetración (por introducir el pene en alguna de las cavidades señaladas), no pudiendo ser ya abuso sexual. Agrega que de seguir este razonamiento, si la mujer fuerza a tener relaciones sexuales a un varón, sería una conducta atípica. De ahí que concluya que es violación “Aquel acto de haber accedido carnalmente a alguna de las cavidades, es decir, el que se haya introducido el órgano sexual masculino ya sea en la vagina, ano o boca”. Por ende, el sujeto activo es quien efectúa la acción de penetrar o dirigir la penetración hacia ella, que en el evento, puede ser como sujeto activo una mujer (CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, “La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”, en *Gaceta Jurídica*, (200), (abril), 2001, pp. 13-18, pp. 16-18; CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Problemas de política criminal y otros estudios*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, pp. 112-118).

bienes de relevancia penal para un derecho vivo que es vulnerado). Pero la *analogía in malam partem* se encuentra prohibida en el derecho penal (en una ‘norma’ –en el sentido bindingiano- prohibitiva cuyo destinatario es el juez, y como residual para el trabajo iuscientífico), porque en la forma, vulnera el *principio de legalidad* (razón lógico-normativa, se evitan “antinomias normativas” que hayan de resolverse con el criterio jerárquico<sup>948</sup> y si el principio de legalidad se recoge constitucionalmente), y en la materia, importa idénticas consecuencias penales de gravedad a otro (razón de justicia, axiológica, político-penal). Tal y como señalaba NOVOA, que “la adaptación” que la *interpretación extensiva* produce para ajustar la ley a los cambios sociales, “sea hasta donde permita el tenor literal de la ley”<sup>949</sup>.

Dos niveles y que representen dos variables distintas, pueden ser observadas para su relación con el cambio social en el tenor literal:

- Aquel en que las hipótesis en el precepto describen una situación que se ha distanciado de la realidad social en sus prácticas, pero que no son diferentes a otras posteriores a un cambio social en sus elementos básicos. A esta denominaremos *hipótesis homologables*.
- Aquel en que las hipótesis en el precepto describen una situación que se ha distanciado de la realidad social en sus prácticas, y que sus elementos básicos igualmente se han modificado. A esta denominaremos *hipótesis no homologables*.

El art. 447 del Código Penal chileno es representativo de ambas variables. En efecto, hipótesis homologables, encontramos en el N 3° “Si se cometiere por el posadero, fondista u otra persona que hospede gentes en cosas que hubieren llevado a la posada o fonda”. Esto es homologable al responsable en un hotel, motel, residencial (“empresario hotelero”<sup>950</sup>), respecto de las cosas que se encuentren dentro de la habitación de propiedad de quien se aloje en ella.

Las hipótesis revisadas, se encuentran alejadas de la realidad social en cuanto la práctica social se aleja de las nomenclaturas que el tipo utiliza en tanto elementos descriptivos, por no existir en el hoy la figura del posadero, fondista, ni posada o fonda. Sin embargo, la disposición tiene un solo sentido, que es el castigar a la persona que disponiendo un lugar para el hospedaje se aprovecha de esta situación, por ser garante de la propiedad que guarda. Dicha situación, pese a la terminología, no cesa en el hoy, con lo que se mantiene su *ratio legis*. Los términos de posadero o fondista, bajo ese expediente, pueden ser homologables, porque las hipótesis lingüísticas que puede serlo (dueño de hotel, dueño de pensión, “empresario hotelero”, etc.) se orientan en el mismo sentido de su *ratio legis*. Ello, sin perjuicio que la disposición ya contenga una cláusula analógica -según se verá la definición más adelante, al ocuparnos del tema de la inflación penal-, como la de “u otra persona que hospede gentes”, donde ya actualiza la disposición a hipótesis de hecho que son similares los elementos básicos de la hipótesis legal (tipo penal), como ‘el que hospeda’, la ‘acción de hospedaje’, ‘lugar de hospedaje’. Este ejemplo es el grado de mayor elasticidad que pueda importar una disposición. La realidad social y la ley son incongruentes, desde el punto de vista de la terminología para sus elementos descriptivos, pero la ley aquí posee la mayor elasticidad, por dichos términos

<sup>948</sup> BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, pp. 184 y ss.

<sup>949</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 207.

<sup>950</sup> POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte Especial, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 317.

ser análogos y no ser a su vez contrarios a su *ratio legis*. Lo mismo habría de sentenciarse para el N° 1 del mismo artículo<sup>951</sup>.

Diversa es la situación del art. 193 N° 6, del Código Penal chileno. En este se castiga al funcionario público que, “abusando de su oficio, cometiere falsedad: Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido”. Si el tenor literal no diere el extender a una fotografía (respecto del cual el avance tecnológico hace que tome importancia asimilable a los entendidos normalmente como ‘documento’) el carácter de documento<sup>952</sup>, ni por sentido algo no semántico sino semiótico, deberíamos entender que la hipótesis de hecho ya no tiene los elementos básicos que la hipótesis legal describe (tipo penal), por lo que habríamos de entender que existe una hipótesis no homologable. Para este caso la elasticidad es mucho menor que la situación anterior, pero mayor que en los casos de ausencia de la razón legal o del objeto de regulación. Por eso los niveles son distintos.

En resumen, existirían, según lo dicho, tres clases de variables para la determinación de la elasticidad de una ley, como lo son el objeto de regulación, la razón legal y el tenor literal en sus dos variantes, la *hipótesis homologable* y la *hipótesis no homologable*. Su elasticidad solo puede proceder al existir desfase, ya que no de existir ésta, no es posible hablar de elasticidad. La elasticidad así, es un fenómeno propio del desfase.

## 2. DETERMINACIÓN DE UN ÍNDICE CUANTITATIVO PARA LA INCONGRUENCIA FORMAL-INFORMAL: INDICADOR PARA MEDIR LA ELASTICIDAD DE LA LEY

### a. Exposición del modelo de cuantificación

Uno de los objetivos de este acápite es poder lograr un indicador que nos permita medir la elasticidad de una ley, el cual, y dicho en términos cibernéticos<sup>953</sup>, que sea un filtro de variedad que como tal, sea semejante a la complejidad que se trata de absorber

<sup>951</sup> Aunque el lenguaje del Código es algo arcaico al referirse a las categorías de personas a quienes se aplica, estimamos que ellas son plenamente aplicables hoy a los llamados *trabajadores de casa particular*. [resaltado del autor] (POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno*, p. 314).

<sup>952</sup> “En nuestro concepto, documento puede ser definido como todo objeto que representa un hecho o una manifestación de pensamiento, emanado de un autor y fijado en forma permanente. No se exige, por lo tanto, que conste de palabras (puede tratarse de cifras o ideogramas), ni siquiera que se trate de un escrito (puede ser un dibujo o una fotografía), ni que esté fijado sobre un medio transmisible (puede ser una inscripción en piedra o roca), siempre que tenga un valor de símbolo o signo, por encima de su simple materialidad o de otra clase de valores (estético, v. gr.). El ordenamiento no ha podido prescindir de consideraciones como éstas, que por lo demás en la actualidad se basan en la propia realidad, en la cual la tecnología día a día ofrece medios más sofisticados para fijar o consignar el pensamiento o un hecho” (ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, Tomo IV, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pp. 156-157). En contraposición POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, quien entiende que dicha interpretación, fuera de ser extensiva, el término ‘documento’ no comprende lo que nombra ETCHEBERRY (POLITOFF; MATUS; RAMÍREZ, *Lecciones de derecho penal chileno*, Parte Especial, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, p. 317).

<sup>953</sup> Vid. ARNOLD, MARCELO; OSORIO, FRANCISCO, “Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría General de Sistemas”. *Cinta Moebio*, N° 3, 1998, 40-49. <http://www.moebio.uchile.cl/03/frprinci.htm>, fecha de visita 20/08/13; ASHBY, W. ROSS, *Proyecto para un cerebro*, [trad. Víctor Sánchez de Zavala], Editorial Tecnos, Madrid, 1965; BEER, STAFFORD BEER, *Diseñando la Libertad* [trad. Amparo Rodríguez], Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1977; BERTALANFFY, LUDWIG, *Teoría General de los Sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones* [Juan Almela], Fondo de cultura económica, México D.F., 1989.

en el indicador y reducirse con él, y para ello, debe contener las variables que reflejarían la elasticidad de la ley.

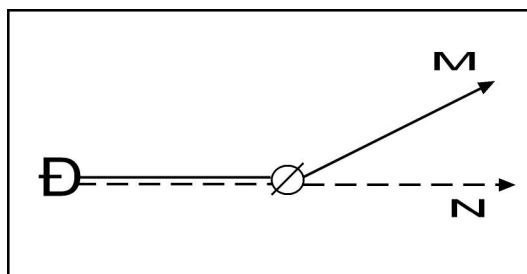
Antes que nada, estableceremos algunos símbolos que servirán para los análisis siguientes. Con dicho objetivo y para simplificar el análisis, haremos utilización de determinados guarismos que representarán del modo siguiente según sus ítems:

Ítem	Guarismo
Elasticidad	$\Delta$
Proyección en el tiempo de la vida social cambiante	$M$
Proyección rígida de la ley en el tiempo	$N$
Segmento secante	$\$$
Punto de congruencia realidad social/legislación positiva	$\equiv$
Cambio social	$\emptyset$
Tiempo de retardo cronológico (punto en el eje $x$ ).	$\bar{A}$
Nº conductas no subsumibles (punto en el eje $y$ ).	$\underline{A}$

El tiempo para la “Proyección del tiempo de la vida social cambiante” y para la “Proyección rígida de la ley en el tiempo” (para nosotros, el tiempo cronológico medible cuyo intervalo puede ser desde la dictación de la ley, hasta la fecha de la observación), siempre será relativo y no necesariamente cronológico, ya que los cambios en la vida social no presentan, hasta donde sabemos, tiempos cronológicos determinados de tal modo de establecer una regularidad. Por su parte, la rigidez de la ley dependerá siempre del cambio de la vida social, ya que mientras más cambiante la vida social, más rígida habrá de ir siendo la “proyección rígida”. Su apreciación no es cuantitativa, sino cualitativa.

Sin embargo, es posible establecer al menos parámetros que puedan establecer ciertos criterios de aproximación al fenómeno.

En primer lugar, haremos algunos alcances y correcciones al diagrama que NOVOA presenta. Para ello proponemos la siguiente modificación gráfica:



Según nosotros y a diferencia de NOVOA,  $\bar{D}$  será el símbolo que represente el punto de dictación de la ley.

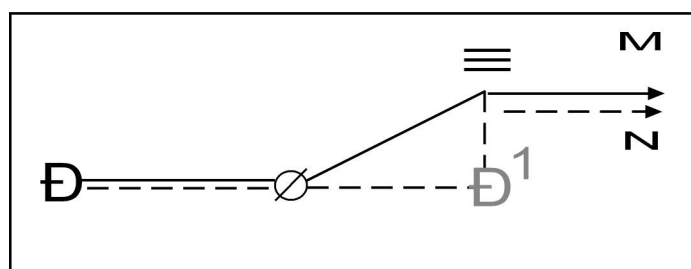
Otra diferencia está en que no angulamos la línea  $M$  (*Proyección rígida de la ley en el tiempo*) ni  $N$  (*Proyección del tiempo de la vida social cambiante*), señalando la separación desde la dictación de la ley, sino que exponemos un tiempo en que la ley y las

condiciones de la vida social son congruentes ( $M \equiv N$ ), ya que si bien el desfase es inevitable, como sostiene NOVOA, no lo es siempre, porque de lo contrario nunca la ley podría ser eficaz, aunque sea parcialmente, y siempre sería completamente extemporánea.

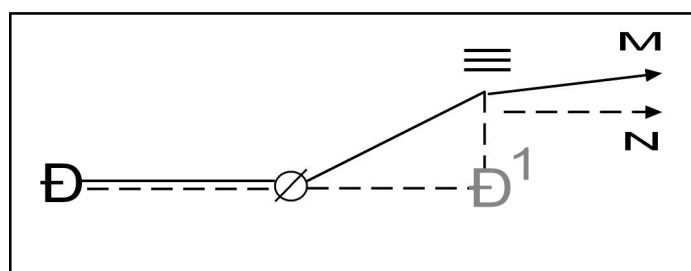
Mientras no exista un cambio social, la ley no pierde congruencia con la vida social. Es por ello que ambas líneas que representan las proyecciones, son paralelas después de la dictación de la ley ( $\mathfrak{D}$ ), representando justamente ese tiempo de congruencia.

$\emptyset$ , representa un cambio social, ante la existencia de una ley o modificación legal positiva que, por dicho cambio social, no es congruente. Siempre el cambio social se producirá primero, porque es el que es o debiera ser el fundamento de la modificación legal, por lo que ésta siempre será posterior.

Pero en este desarrollo puede ocurrir lo que se grafica a continuación:



Según este esquema, existe una modificación legislativa ( $\mathfrak{D}^1$ ), sea reforma o derogación, que lo que hace es ajustar la legislación ( $N$ ) al cambio social ( $\emptyset$ ) de modo de hacerla congruente en todo con dicho cambio ( $\equiv$ ).

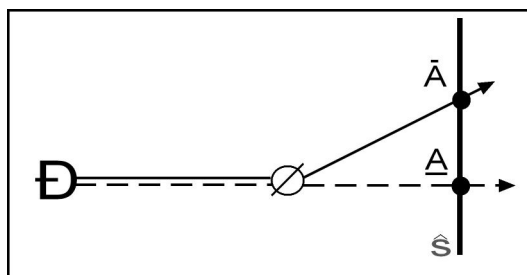


Si la reforma es parcial, como en el esquema anterior, solo será a su vez, parcialmente congruente a la vida social, no pudiendo ser ambas líneas paralelas ( $M$  y  $N$ ), pero tampoco extremadamente divergentes (como desde  $\mathfrak{D}$  a  $\emptyset$ ), representado por la menor separación entre las líneas  $M$  y  $N$ .

Expuesto esto, pasaremos al segundo ítem.

Se hace necesario determinar el grado de adaptación de la ley a la realidad social, esto es, su elasticidad ( $\Delta$ ). Mientras menor la elasticidad de la ley, mayor su grado de desfase.

Para ello se hace un análisis al tiempo de la observación de si existe *desfase*, y cuánto *desfase* existe entre la ley y la realidad social. Dicho análisis se representará por una línea secante que llamaremos  $\hat{s}$ , que cae de forma perpendicular a  $N$  (*Proyección del tiempo de la vida social cambiante*), como se representa en el siguiente dibujo:



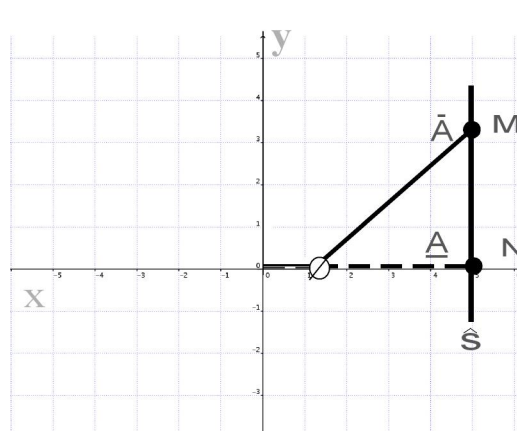
Siempre  $\hat{s}$  significa que el análisis se hace en el momento mismo en que observamos el comportamiento de la relación entre  $M$  y  $N$ , porque dicho hito marca la intervención que como observadores, hacemos en la relación de congruencia entre la realidad social y la ley.

Ahora, de las tres variables esenciales ya señaladas anteriormente (tenor literal, *ratio legis*, objeto), la única en que es posible establecer una aproximación cuantitativa, y en el entendido que se trata de cuantificar cualificaciones, es el tenor literal. Esto, porque el cambio social puede ser medido por número de conductas que surgen a raíz del cambio social, y que no pueden ser cubiertas por el tenor literal de la ley, con lo cual se prueba su desfase. En la ilustración el punto  $\bar{A}$  representaría el número de conductas no cubiertas o ausencia de cobertura en la subsunción. Ésta sería la primera de nuestras variables de observación para determinar la elasticidad de la ley.

Sin embargo, ello no precisa el grado de elasticidad, ya que habría que determinar el tiempo en que la ley sigue vigente *in toto* (y no parcialmente reformada), no obstante haberse producido un cambio social. Esto es: puede que el punto de congruencia entre la realidad social y la ley se hubiese producido no hace mucho en tiempo, pero que el cambio social sea no lejano en tiempo a ese punto, y donde el cambio haya sido profundo, de tal modo de no poder enmendarse la ley sino solo proceder a su derogación, por el *desfase* total entre realidad social y ley; por el contrario, puede ser que tenga evento un cambio social en un tiempo muy posterior al punto de congruencia, donde dicho cambio social no sea profundo y dé origen a alguna reforma. El tiempo del cambio social y el tiempo cronológico son diferentes.

Habría que considerar en la medición no solo  $\hat{s}$  sino también  $N$ , puesto que éste último, como es la *Proyección rígida de la ley en el tiempo* y como su nombre lo dice, señala el 'tiempo' en que esta ley se ha extendido desde su última congruencia con la vida social. De ahí que la segunda variable de observación es el tiempo cronológico específico para una ley igualmente específica, el cual se simboliza como  $\underline{A}$ .

Para obtener el grado de rigidez de una ley en el tiempo, y al menos poder cuantificar de modo aproximado y en forma abstracta un aspecto cualitativo, tanto  $N$  como  $\hat{s}$  deben ser posibles de medición y de asignar valores cuantificables, cuestión que puede hacerse insertando la figura en un plano cartesiano con utilización de la sección que normalmente corresponde al primer cuadrante del mismo, tomando como '0' el punto  $B$ ;  $N$  como 'x' en el eje X-Y;  $M$  como 'y', como se aprecia en la figura:



Lo que corresponde a  $N$  y que sería en el eje  $x$ , es posible cuantificarlo si se toma en consideración el tiempo cronológico en que la ley ha estado vigente desde su última congruencia con la realidad social ( $\Xi$ ).

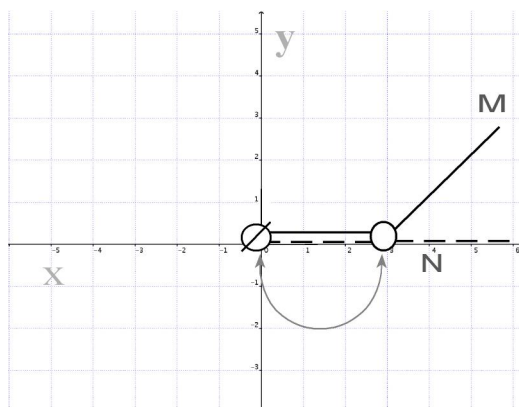
En la reducción a número de las conductas no subsumibles a la ley, basta con un conteo de dichas conductas en la realidad criminógena y como éstas surgen del derecho vivo. Y para determinar las conductas no subsumibles, basta la alimentación desde la dogmática la cual las señalaría de *lege ferenda*, y determinando el observador con algún método de selección (que bien podría ser el consenso de la dogmática, la doctrina mayoritaria, la doctrina según el argumento por autoridad, etc.)<sup>954</sup>.

Ahora bien,  $M$ , para ser medible en tiempo cronológico, debe un tener parámetro similar de medición, por lo que en el plano cartesiano se contabiliza en  $x$ , desde el punto

<sup>954</sup> Ciertas otras determinaciones de sintonía fina, ya más cualitativa, esto es, que tanto ha crecido la realidad social desde dicho cambio social en comparación al momento en que la ley y la realidad social eran congruentes, ya habría que recurrir a metodologías acercadas derechamente con la sociología, y desde esa mirada. El mismo NOVOA da algunas luces de lo dicho: "la legislación tradicional rige, en el hecho, para un porcentaje cada vez más reducido de la población (...). Hay una demostración empírica muy sencilla que lo comprueba: revisense las *materias sobre las que versan los litigios* que se promueven actualmente ante los tribunales ordinarios de justicia y *compárense porcentualmente* con los que *ingresaban a comienzos de siglo* y se verificará que (...) cada vez es menor la proporción de materias propiamente 'civiles', en el sentido de aquellas que versan sobre conflictos que corresponde resolver de manera directa al Código Civil. Más fácil resulta, todavía, comparar el porcentaje de sentencia propiamente civiles que dictan hoy día los tribunales de justicia con el de las que expedían hace cincuenta años" [el resaltado es nuestro] (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 27). Del mismo modo, el autor se estaría jugando, para dicha determinación, por las encuestas de percepción ("Hagamos la prueba de preguntar a la gente con la que nos topamos en la calle cuáles son sus más acuciantes problemas. Un trabajador nos responderá que son la necesidad de un alza de su salario, alguna controversia surgida en el seno de su sindicato y la obtención de un préstamo de un establecimiento estatal para adquirir un terreno y construir allí su vivienda. Un comerciante ambulante explicará que son el aumento del valor de la patente para su pequeño comercio, la dificultad para abastecerse de mercadería por el acaparamiento de los distribuidores y la falta de una previsión social. Un artesano nos planteará el desafío que le significa un accidente de trabajo por falta de una apropiada atención para tal emergencia, la conveniencia de que se reglamenten las condiciones de aseo de las fondas y loncherías y la fijación de precios máximos a los alimentos que en ellas se expenden. Y así, sucesivamente. ¿Cuánto será necesario esperar hasta que encontremos a alguien que nos diga que lo angustia la posible nulidad de un testamento que lo favorece, que medita la factibilidad de constituir un usufructo a favor de un pariente o que teme que el crédito que verificó en un concurso les sea pagado en forma muy disminuida?" (NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, p. 28). Pero todo esto es amplificar la complejidad de entrada, la cual debe ante todo reducirse, y en ese sentido, el trabajo dogmático es aquel que nos vincula a las relaciones entre la ley y la realidad social.



≡, hasta el punto Ø, para tener un hito que marque la fecha aproximada de dicho cambio social, que es donde se separa *M* de *N*, y así, establecer la comparación con la fecha de dictación de una ley (Ð).



#### b. Fórmula y regla de la elasticidad de la ley

Para determinar la forma de medir la elasticidad de la ley ( $\Delta$ ), de acuerdo a lo ya revisado, habría de considerar lo siguiente.

Dos variables que manejamos son el tiempo cronológico ( $\underline{A}$ ) y el número de conductas ( $\bar{A}$ ). El tiempo cronológico en que existen *desfases*, demuestra la rigidez desde la última congruencia. Sin embargo, el mismo tiempo sin incongruencias, es tiempo cronológico a favor, esto es, tiempo en que la ley estando vigente cubre la realidad social con la máxima elasticidad. Y como la única variable observada que puede ser correlacionada con el tiempo cronológico son las conductas que, surgidas del cambio social, no son subsumibles por la ley, es entonces la segunda variable a considerar.

Esto puede ser expresado por la siguiente fórmula:

$$\Delta = \underline{A} \div \bar{A}$$

Y la *regla de elasticidad* habría de ser que *a mayor cociente, mayor será la elasticidad de la ley* o:

$$a > (\underline{A} \div \bar{A}) > \Delta$$

Si no existen conductas criminógenas observadas, no opera la fórmula, ya que ella mide la elasticidad de la ley, esto es, su desfase, no su congruencia. Por ende, no existen valores "0".

Esto considera el índice de elasticidad de una ley, pero para efectos comparativos con otra ley, se obtiene mediante porcentaje. El porcentaje es obtenido de la cantidad arrojada por el indicador en comparación porcentual con el tiempo, esto es, el valor de  $\underline{A}$ :

$$(\Delta \div A) \times 100 = \% \text{ de elasticidad}$$

### c. Aplicación de la fórmula al derecho penal informático

En Chile entre 1986 y 1987, se elaboró un anteproyecto de ley que trata materias de informática, desde cuestiones generales a aspectos específicos<sup>955</sup>. Uno de estos aspectos que formaba el Título IV de dicho anteproyecto, eran los delitos informáticos, que posteriormente en el año 1993, vino a transformarse en la Ley que regula hasta ahora dichos delitos<sup>956</sup>. Y esto para tomar como punto de partida en la relación criminalidad informática-ley penal (chilena), un año determinado (1986) el cual, ya signifique algo de *lag* o retardo en la respuesta legal chilena al cambio social, por los siguientes motivos a reseñar:

- En 1970 en Alemania ya existían proyectos de ley que tenía por objeto incorporar tipos penales relativos a la criminalidad informática<sup>957</sup>, aunque por la Ley del 15 de mayo de 1986, se introducen tipos específicos al StGB (§ 303a, § 303b) relativos a la materia, sobre destrucción de datos y sabotaje informático<sup>958</sup>.
- Desde 1950 a 1960 aproximadamente IBM comienza a la colocación de productos computacionales en Chile<sup>959</sup>.
- En 1965 se instala la Empresa de Computación e Informática de Chile (ECOM), a través de la instalación de máquinas con cobertura en Santiago de Chile.
- En 1971 se utilizan, con finalidades de planificación económica, los recursos tecnológicos y computacionales disponibles, entre ellos el uso de máquinas con uso de tarjetas perforadas, un sistema de conexión de comunicaciones en tiempo real que anticipada el Internet, y de otra clase de interacción computacional en el envío de señales algedónicas con el sistema “cyberfolk”, todo esto a propósito y a instancias del proyecto “Cybersyn” o “Synco” en Chile<sup>960</sup>.

<sup>955</sup> JIJENA LEIVA, RENATO, “Seguridad, responsabilidad y delitos informáticos”, Gaceta Jurídica, N ° 321, Marzo, 2007, pp. 16-29, p. 24.

<sup>956</sup> Vid. VERA QUILODRÁN, ALEJANDRO, *Delito e Informática. La Informática como fuente de delito*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1996, pp. 40-41.

<sup>957</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>958</sup> “Alteración de datos: (1) Quien borre, suprima, inutilice, o cambie antijurídicamente datos (§ 202 a, inciso 2), será castigado con pena privativa de la libertad hasta dos años o con multa; (2) La tentativa es punible. Sabotaje de computadoras: (1) Quien perturba un procesamiento de datos que sea de importancia esencial para una empresa ajena, una industria ajena o una autoridad para: 1. cometer un hecho según el § 303 a, inciso 1, o; 2. destruir, dañar, inutilizar, eliminar o modificar un equipo de procesamiento de datos o un medio de datos será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa; (2) La tentativa es punible”.

<sup>959</sup> Vid. MEDINA, EDEN, “Big Blue in the Bottomless Pit: The Early Years of IBM Chile”, *IEEE Annals of the History of Computing*, IEEE Computer Society, 2008, pp. 26-41; MEDINA, EDEN, “Computer Memory, Collective Memory: Recovering History through Chilean Computing”, *IEEE Annals of the History of Computing*, IEEE Computer Society, 2005, pp. 103-104.

<sup>960</sup> Vid. MEDINA, EDEN, “Computer Memory, Collective Memory: Recovering History through Chilean Computing”, *IEEE Annals of the History of Computing*, IEEE Computer Society, 2005, pp. 103-104; MEDINA, EDÉN, *Revolucionarios Cibernéticos. Tecnología política en el Chile de Salvador Allende* [traducción José Miguel Neira], LOM, Santiago de Chile, 2013; ESPEJO, RAÚL, *Conceptos y prácticas del control; una experiencia concreta: la dirección industrial en Chile*, Proyecto SYNCO, CORFO, Santiago de Chile, 1973. [Disponible online: [http://www.cybersyn.cl/imagenes/documentos/textos/informe\\_r\\_espejo.pdf](http://www.cybersyn.cl/imagenes/documentos/textos/informe_r_espejo.pdf)], [fecha de visita: 24/10/2013].

- Ya se conocía la cibernética con anterioridad en Chile a las fechas ante señaladas, aunque no a nivel general y público<sup>961</sup>.

Este *lag*, al que hacíamos mención, se ve potenciado luego, cuando a nivel mundial adquiere cierta masividad en la década del '80 del siglo pasado con la introducción del primer computador personal por IBM. Junto a esa masividad, comienza también la proliferación de conductas criminales asociadas a su utilización.

Dicha Ley 19.223 que “tipifica figuras penales relativas a la informática”<sup>962</sup>, aún con su dictación no regula de modo completo la criminalidad informática<sup>963</sup>, y en otros casos figuras redundantes e innecesarias, como el tipo penal del daño al soporte físico (*hardware*) que podría ser perfectamente cubierto por el delito de daños<sup>964</sup>.

Es por ello que el Mensaje del Proyecto de la propia Ley 19.223, señalaba algo que demuestra no solo la imperfección de la ley, sino también, su *desfase* con la realidad social y para la cual la ley debería haberse ajustado en dicha época:

“En cuanto a su alcance, cabe señalar que la ley 19.223 no aborda satisfactoriamente una serie de conductas asociadas al fenómeno delictivo en cuestión. El fraude informático no ha sido especialmente tratado, y su subsunción dentro de los tipos de la Ley N° 19.223 es –según se detallará más adelante– fuertemente problemática. En seguida, aunque prevista, también la hipótesis de acceso no autorizado a información contenida en sistemas computacionales (*hacking*) ofrece problemas, en razón de la exigencia de concurrencia de un elemento subjetivo adicional (ánimo de apropiación, uso o conocimiento). En otro orden de cosas, es cuestionable que, como se desprende de la historia fidedigna

<sup>961</sup> “La historia de la ciencia y la tecnología en el Chile del siglo XX posee un alto nivel de *transnacionalismo*, tal como su historia con la cibernética. Este país estuvo conectado con la comunidad cibernética internacional casi desde un principio. El archivo de documentos de Norbert Wiener del Instituto de Tecnología de Massachusetts contiene una carta fechada en 1949 que recibió desde Chile tan solo tres meses después de la primera impresión de su libro *Cybernetics*, obra que parece haber despertado la atención del público por esta nueva ciencia interdisciplinaria” (MEDINA, EDÉN, *Revolucionarios Cibernéticos. Tecnología política en el Chile de Salvador Allende* [traducción José Miguel Neira], LOM, Santiago de Chile, 2013, p. 33).

<sup>962</sup> Por la brevedad de su cuerpo, la reproduciremos *in integrum*: “Artículo 1°.- El que maliciosamente destruya o inutilice un sistema de tratamiento de información o sus partes o componentes, o impida, obstaculice o modifique su funcionamiento, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio a máximo. Si como consecuencia de estas conductas se afectaren los datos contenidos en el sistema, se aplicará la pena señalada en el inciso anterior, en su grado máximo; Artículo 2°.- El que con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente de la información contenida en un sistema de tratamiento de la misma, lo intercepte, interfiera o acceda a él, será castigado con presidio menor en su grado mínimo a medio; Artículo 3°.- El que maliciosamente altere, dañe o destruya los datos contenidos en un sistema de tratamiento de información, será castigado con presidio menor en su grado medio; Artículo 4°.- El que maliciosamente revele o difunda los datos contenidos en un sistema de información, sufrirá la pena de presidio menor en su grado medio. Si quien incurre en estas conductas es el responsable del sistema de información, la pena se aumentará en un grado”.

<sup>963</sup> VERA encuentra algo demás la Ley 19.223, y que disposiciones del Código Penal chileno podían cubrir conductas como la apropiación de la información de los sistemas con la revelación del secreto industrial (art. 248 CP). Entendemos que este juicio se basa en el hecho que en esa época solo a nivel industrias y empresas contaban con la tecnología, sin la implementación a nivel usuario que existe hoy. Independiente del hecho formulado por VERA –siguiendo el estudio de ACOSTA– de si cubrían o no los tipos penales del Código Penal (que no creemos, ya que ni la destrucción de la información y no de la máquina no estaba cubierto, ni la apropiación de la información que no puede ser cubierta por la revelación de secreto que es una sola conducta y diversa a la apropiación de la información), la ley 19.223 quedaba en debe. Cfr. VERA QUILODRÁN, ALEJANDRO, *Delito e Informática. La Informática como fuente de delito*, pp. 125-132. Y aún las mismas observaciones de ACOSTA las conductas que podrían ajustar la legislación a la criminalidad informática no parecían dar el ancho: “parece razonable –señala el autor– efectuar una revisión del delito [tipo del art. 284 CP en relación a los delitos informáticos] con el objeto de adecuarlo a la vida económica y moderna y tecnológica, y a las necesidades de las empresas como agentes partícipes de los procesos económicos” (ACOSTA, JOSÉ DOMINGO, “El delito de comunicación fraudulenta de secretos de fábrica”, *Revista Chilena de Derecho*, Universidad Católica de Chile, Vol. 15, N° 1, 1988, pp. 65-79, p. 79).

<sup>964</sup> JIJENA LEIVA, RENATO, “Seguridad, responsabilidad y delitos informáticos”, p. 25.

del establecimiento de la ley, sus disposiciones sean también aplicables a la afectación del hardware y de datos no informáticos, con lo cual el legislador abandonó el propósito inicial de hacer frente a los desafíos de las nuevas tecnologías, alterando sin fundamento claro parcelas plenamente abarcadas por la legislación anterior<sup>965</sup>.

Pero además, tanto por lo vertiginoso y la aceleración de la producción informática –propio de esta “aceleración del tiempo” a la que nos veníamos refiriendo más atrás-, van naciendo diversas formas de criminalidad.

No obstante, no existe ni una ley adecuada que cubra tales conductas, ni tampoco la adopción de alguna técnica legislativa de sistematización convincente: esto es, o una nueva ley, o la reforma parcial del Código Penal ante conductas que podrían quedar subsumidas en los tipos penales existentes en dicho código ya que “el no complementar los tipos clásicos para adecuarlos a la realidad nos llevará a que el Código penal quede tan apartado de la realidad que debemos tomar el camino español y proceder a crear un nuevo Código”<sup>966</sup>.

Teniendo todos estos antecedentes podríamos decir que la legislación penal informática en Chile tuvo un *lag* legislativo importante (1986-1993), porque no solo no fue congruente en la época de su dictación, sino que además sigue aumentando su *desfase*, por no haber regulado sectores criminalmente relevantes, no tener tipos elásticos que abarquen conductas nuevas, y por ser el cambio social exponencialmente mayor a la velocidad de respuesta legislativa (casi nula).

Casi podríamos decir que su *lag* legislativo data cronológicamente desde el mismo 1986, por la incapacidad de la ley de regular de modo conveniente el fenómeno criminal informático. Pero compadezcámonos de, al menos, las disposiciones que sí se acercan a la regulación del objeto “informático”<sup>967</sup>, tomando como base de fecha, la data de la Ley 19.223, o sea 1993, lo que a su vez responde con la idea que en algún punto existe al menos congruencia entre la ley y la realidad social.

Sin embargo, no podemos entender que inmediatamente después de la fecha de la dictación de la ley, existe un momento de congruencia, por las razones antedichas. Por ello en la gráfica, y desde el punto de su dictación, se expresará con una divergencia inmediata.

De acuerdo a lo mencionado por la doctrina, existen conductas criminales no cubiertas por el tipo, y que se han venido acrecentando por la velocidad tecnológica de la informática. Por ende, su dificultad radica no en la *ratio legis* ni el objeto de regulación (sistemas de tratamiento de datos informático).

Se ha estimado por la doctrina penal chilena que la Ley 19.223 en comento, debió haber considerado, entre otras, las figuras culposas en la ley, el acceso indebido de hackers<sup>968</sup> (cuando debería considerarse también dentro de estos a los crackers), la

<sup>965</sup> Mensaje Proyecto de Ley 13-348, Septiembre 25 de 2002, Santiago de Chile, p. 3. [Disponible online: [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?1,3380](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,3380)], [fecha de visita: 24/10/2013].

<sup>966</sup> MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL; LÓPEZ MEDEL, MACARENA, *Delincuencia y fraude informático. Derecho comparado y Ley 19.223*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 175.

<sup>967</sup> “Es importante destacar que la Ley N° 19.223, con todas sus deficiencias, es un intento directo de enfrentar a la delincuencia informática. Se deberán corregir los errores de la presente ley, para así seguir en la senda legislativa en materia de delincuencia informática” (MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL; LÓPEZ MEDEL, MACARENA, *Delincuencia y fraude informático. Derecho comparado y Ley 19.223*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 174).

<sup>968</sup> HUERTA MIRANDA, MARCELO; LIBANO MANZUR, CLAUDIO, *Delitos informáticos*, 2ª edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, p. 310.

desencriptación con fines ilícitos<sup>969</sup>, conductas todas –tal vez excepto las figuras culposas– que han ido apareciendo en el panorama criminógenos chileno –y mundial informático–, en gran parte por los avances en computación.

La ley en este punto perdió su elasticidad, produciéndose la ruptura de la misma, debido a lo ya dicho: porque en dichos tipos penales es poco posible –sino derechamente imposible– subsumir dichas conductas. Con ello además se deja traslucir que los sectores no regulados suficientemente considerables y en alza, debido a la velocidad tecnológica.

¿Cuáles serían entonces estas conductas criminógenas y que habrían de encontrarse lejos de la subsunción en los tipos penales existentes en materia de delitos informáticos en Chile?

- Fraude informático<sup>970</sup>.
- Acceso no autorizado si concurrencia de elemento subjetivo<sup>971</sup>.
- Softwares dañinos (virus, gusanos, troyanos)<sup>972</sup>.
- Desencriptación con fines ilícitos<sup>973</sup>.
- Falsedad en datos de contenido probatorio<sup>974</sup>.
- Hurto de tiempo-máquina<sup>975</sup>.

<sup>969</sup> JIJENA LEIVA, RENATO, “Seguridad, responsabilidad y delitos informáticos”, pp. 16-29, p. 25; MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL; LÓPEZ MEDEL, MACARENA, *Delincuencia y fraude informático. Derecho comparado y Ley 19.223*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 178.

<sup>970</sup> “...creemos debe incorporarse a nuestro Código Penal el fraude informático, como una figura dolosa, en la cual se exija como elementos subjetivo del tipo el ánimo de lucro, y como elemento objetivo la obtención mediante una manipulación informática de una transferencia indebida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero” (MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL, “Análisis de la normativa sobre delincuencia informática en Chile”, DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002, pp. 383-396, p. 387). En el mismo sentido LÓPEZ MEDEL, MACARENA, “Ley 19.223 y su aplicación en los tribunales”, DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002, pp. 397-414, p. 408. Igualmente lo señalaba para Colombia, PRÍAS BERNAL, JUAN CARLOS, “Aproximación al estudio de los delitos informáticos”, *Derecho penal contemporáneo*, N ° 17, Octubre-diciembre, 2006, Legis, Bogotá, pp. 5-78, p. 31. En Chile contrario a la opinión de su tipificación por ausencia de tipo, BALMACEDA, quien considera que es perfectamente subsumible en la figura de estafa del Código Penal chileno, aunque sí está de acuerdo a su tipificación por razones de seguridad jurídica. Vid. BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *El delito de estafa informática*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2009. Para este estudio, seguiremos la opinión de la doctrina mayoritaria que considera su tipificación por ausencia de un tipo específico.

<sup>971</sup> HUERTA MIRANDA, MARCELO; LIBANO MANZUR, CLAUDIO, *Delitos informáticos*, 2ª edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, p. 310; MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL, “Análisis de la normativa sobre delincuencia informática en Chile”, DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002, pp. 383-396, pp. 389-390; LÓPEZ MEDEL, MACARENA, “Ley 19.223 y su aplicación en los tribunales”, DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002, pp. 397-414, p. 408.

<sup>972</sup> “...creemos que la sanción de la creación y distribución de programas destinados a dañar los sistemas de tratamiento de la información y las redes debe ser cubierta a través de un nuevo tipo, y no a través de las figuras de sabotaje informático y alteración de datos, las que no fueron creadas para reprimir esta nueva clase de conductas ilícitas, que producen daños a nivel mundial” (MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL, “Análisis de la normativa sobre delincuencia informática en Chile”, DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002, pp. 383-396, p. 391).

<sup>973</sup> JIJENA LEIVA, RENATO, “Seguridad, responsabilidad y delitos informáticos”, p. 25; MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL; LÓPEZ MEDEL, MACARENA, *Delincuencia y fraude informático. Derecho comparado y Ley 19.223*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, p. 178.

<sup>974</sup> Si bien PRÍAS BERNAL, hace una referencia general a esta clase de criminalidad, no puede dejarse de pensar que existe, respecto de esta forma, un tipo penal en Chile que cubra esta criminalidad específica. Vid. PRÍAS BERNAL, JUAN CARLOS, “Aproximación al estudio de los delitos informáticos”, *Derecho penal contemporáneo*, N ° 17, Octubre-diciembre, 2006, Legis, Bogotá, pp. 5-78, pp. 33-37.

<sup>975</sup> “Hoy, a merced de la generalización en el uso de los medios informáticos, quizás haya perdido vigencia por

- Spamming<sup>976</sup>.

En resumen, contamos con la siguiente información:

- El tiempo cronológico de medición es de 21 años, el cual coincide con su *lag* legislativo desde el año 1993 (21 años hasta 2014).
- La variable esencial para determinar su obsolescencia no es por ausencia o pérdida del objeto de regulación, ni de *ratio legis*, sino más bien por un problema de *verba sententia*, que para el caso penal, habría de ser de tipo, y de un problema de hipótesis no homologables.
- Existen hasta el tiempo de análisis, 7 conductas criminógenas no cubiertas por el tipo penal.

Lo expresamos en la tabla siguiente:

Tiempo <i>lag</i> legislativo	Nº de conductas criminógenas no cubiertas por el tipo penal
21 años	7

Aplicada la fórmula se expresa del siguiente modo:

$$\Delta = \frac{A}{\bar{A}}$$

$$\Delta = 21 \div 7$$

$$\Delta = 3$$

Con lo cual y para la legislación penal informática, el indicador de elasticidad de la ley es 3.

El porcentaje de elasticidad para sus efectos comparativos es de 14,3%, lo cual a su vez demuestra que su elasticidad es bastante baja.

---

la abundancia de la oferta del *hardware* y su relativa importancia en contraste con el soporte lógico y las bases de datos, pero seguramente adquirirá un mayor realce en el uso de equipos y plataformas tecnológicas de la mayor complejidad y costo. De cualquier manera, como podrá verse adelante, la agudeza de estos precursores ha percibido desde un comienzo los problemas de tipicidad aún no resueltos en muchas de nuestras legislaciones" (PRÍAS BERNAL, JUAN CARLOS, "Aproximación al estudio de los delitos informáticos", *Derecho penal contemporáneo*, N º 17, Octubre-diciembre, 2006, Legis, Bogotá, pp. 5-78, p. 47).

<sup>976</sup> Lo dicho por MORÓN en 1999 para la legislación española, es plenamente aplicable en la legislación penal chilena actual en materia informática: "La conducta de *spamming*, o envío in consentido de mensajes publicitarios por correo electrónico a una multitud de desconocidos, no encuentra encaje jurídico-penal" (MORÓN LERMA, ESTHER, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi Editorial, N º 1, Pamplona, 1999, p. 35.

### III. EXPRESIÓN DE DESFASE FORMAL-INFORMAL EN EL DERECHO PENAL

#### 1. PREVIA ESPECIFICACIÓN DEL FENÓMENO DEL *CICLO DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO PENAL*

Todo proceso de producción tiene su base en el trabajo<sup>977</sup>. Para el derecho penal y para definir la clase de trabajo, se hace necesario seguir la trayectoria del mismo en sus formas de actividad, que son igualmente formas productivas.

BARATTA expone lo siguiente: “la criminología crítica historiza la realidad del comportamiento desviado y pone en evidencia su relación funcional o disfuncional con las estructuras sociales, con el desarrollo de las relaciones de producción y de distribución”<sup>978</sup>. Tales relaciones de producción y distribución no son solo las económicas, sino todo proceso de producción y distribución, en cuya base se encuentra el trabajo, la actividad humana, y dentro de esta actividad humana ha de situarse la de los legisladores como *producción normativa*<sup>979</sup>, la de los hermenéutas jurídicos, sobre todo los de aquéllos en que sus decisiones son vinculantes, tales como jueces u órganos con competencia de interpretación formal/impositiva (*producción hermenéutica*). Pero sobre todo, no debe obviarse el proceso de producción fundamental y que debiera ser el necesario correlato de la producción de los legisladores y hermenéutas jurídicos, como lo son las necesidades sociales y en interferencia desde donde surge el fenómeno criminológico y que se resumen en el concepto de bien jurídico material, y como actividad del hombre, *producción de bienes jurídicos materiales o producción de bienes jurídicos vivos*. Tales relaciones de producción son las que, sino historizamos por ser demasiado al motivo de este trabajo, al menos exponemos aquí.

Es así como los procesos de *producción normativa*, se radican en las *unidades de producción normativa*, que dependiendo de los modelos políticos, tienen su realidad respecto de aquellos en quienes la elaboración de leyes es sancionada como autorizada, desde un ámbito de definiciones penales. Esto supone dos cosas. En primer lugar, la producción normativa siempre es actividad de hombres, por ende, es una realidad histórica que puede ser explicada materialmente. En segundo lugar y *de facto*, sólo aquellos hombres que sean sancionados favorablemente por la autoridad como creadores de ley, serán quienes puedan representar una unidad de producción de normas jurídicas en una organización social determinada.

Para el caso de la ley penal, las *unidades de producción normativa* son reservadas a unidades políticas de definición. Los órganos políticos que se constituyen en unidades de producción habrán de ser generalmente, y en virtud de la existencia de los sistemas democráticos representativos que son mayoritarios en occidente, el Legislativo. Las

---

<sup>977</sup> Así Menger señalaba: “Si estudiamos la vida económica tal como es a nuestro alrededor, vemos que consiste, en su esencia, en que los hombres trabajan para satisfacer sus necesidades; cada trabajo tiende hacia un producto, y cada necesidad hacia su satisfacción. Trabajo y producto del trabajo, necesidad y satisfacción, son de hecho las dos series de causas en las cuales se realiza la vida económica de la humanidad” (Menger, Anton, *El derecho al producto íntegro del trabajo en su desarrollo histórico*, [trad. Adolfo Posada], Editorial Americalee, Buenos Aires, 1944, p. 15).

<sup>978</sup> BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*, p. 166.

<sup>979</sup> Si bien dentro de una concepción pluralista del derecho podemos comprender de modo general como ‘norma’ toda regla de comportamiento observada por una comunidad, y que por ‘norma’ puede entenderse en el sentido señalado por BINDING, hemos de usar “norma”, en cuanto positivización, de ley escrita. Es así como es usualmente usada por la doctrina para hablar de “producción normativa”. Cfr. Kelsen, quien habla de “producción de normas” (Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (1993), p. 174), en BARATTA Y BUSTOS y HORMAZÁBAL como “producción normativa” o “producción de normas” (BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, p. 168; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, p. 65).

participaciones populares en la producción normativa (leyes), es prácticamente nula<sup>980</sup>, cuestión valorada positivamente por algún sector del penalismo español<sup>981</sup>.

El tercer momento de la producción del derecho penal, se refiere a la producción de sentidos que surge como consecuencia de la interpretación de las normas jurídico-penales. En esta se reconoce la *producción hermenéutica* (jurisprudencial, organismos técnicos dependiente de instituciones) y la *producción científica* de la doctrina.

## 2. CAUSAS ENDÓGENAS DE LA INFLACIÓN: LOS DESEQUILIBRIOS ENTRE LA PRODUCCIÓN DE BIENES JURÍDICOS MATERIALES Y LA PRODUCCIÓN NORMATIVA

### a. “Divergencias” entre el contenido formal y el contenido material del delito y exigencia doctrinal de congruencia

Anteriormente existían menciones indirectas sobre los desfases entre lo formal y lo informal, como en lo señalado por ZIPF:

“Una decisión del legislador opuesta al concepto material de delito no es aún anticonstitucional sólo por esa condición; el concepto material de delito no es un límite jurídico para el legislador de manera que una decisión legislativa que no se halle en armonía en él no pueda obtener validez jurídica. El concepto material de delito y el concepto formal del mismo pueden ser entre sí divergentes. Este es el precio por la seguridad jurídica y certeza jurídica garantizadas por el concepto formal de delito (...), las cuales no podrían mantenerse con una efectividad inmediata del concepto material de delito sobre la validez de las normas penales. Dado que, no obstante, toda ley penal que no va en conformidad con el concepto material de delito desacierta en el cometido social de regulación, se efectuará aquí siempre una repercusión más o menos intensa sobre la validez de la norma y de la sanción. A tal respecto, una norma penal o puede no estar respaldada por el concepto material de delito ya en el momento de su realización, o exclusivamente en el curso de su vigencia no puede ser abarcada por el concepto material de delito debido a modificación de las circunstancias sociales y de las concepciones relevantes. En este contexto, debe tenerse en cuenta principalmente que el trabajo legislativo raramente puede efectuarse tan perfectamente que no fuesen subsumibles también casos atípicos en el tipo del delito de una determinada norma penal”<sup>982</sup> [el resaltado es nuestro].

Hay cuestiones interesantes a analizar en lo que señala el autor, y de la cual podríamos obtener algunas inferencias según nuestro prisma.

<sup>980</sup> “El ordenamiento español ciega prácticamente tal posibilidad en derecho penal, al excluir de la iniciativa legislativa popular las materias que hayan de ser objeto de ley orgánica. Por si fuera poco, su regulación es muy restringida, con un mínimo de 500.000 firmas para que se pueda tomar en consideración como proposición de ley; admitida a trámite, aún se le puede impedir su entrada en la fase legislativa deliberante por el Gobierno si estima que supone un aumento de gasto público o una reducción de ingresos, y por el pleno del Congreso si decide no tomarla en consideración. Además, se priva a los promotores de ulteriores intervenciones, de modo que no pueden hacer ante las cámaras una defensa de la proposición, ni pueden retirarla si se desnaturaliza durante la deliberación parlamentaria” (DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, p. 50).

<sup>981</sup> “La situación legal española ha de valorarse positivamente. Una ordenación distinta otorgaría status legal a la vía populista de legislación penal, con todos los inconvenientes ya vistos, pero acentuados por su mayor virtualidad en esta etapa” [el resaltado es nuestro] (Ibíd., p. 50).

<sup>982</sup> ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, p. 101.



- a) El contenido formal y material pueden encontrarse disociados o en “divergencia”, como señala ZIPF.
- b) Una divergencia ‘formal-material’ de esta clase no entraña la falta de validez jurídica del contenido formal.
- c) Una divergencia no implica inconstitucionalidad.
- d) La existencia aceptada de esta divergencia se debe en parte a la seguridad jurídica.
- e) La divergencia cuestionará por sí sola la validez (¿material?) de la norma y la pena.
- f) La divergencia puede ocurrir al inicio mismo en la dictación de la ley o en el curso de su vigencia.
- g) La divergencia ocurre por la modificación de las circunstancias sociales.
- h) La divergencia ocurre porque el trabajo legislativo no puede prever todo.

Hasta aquí, se enmarca con todo lo dicho que hemos sostenido. Las letras f) y h) tienen mucho que ver con las apreciaciones de NOVOA, por ejemplo.

Pero además trae otras discusiones interesantes. Una de ellas es el hecho que Constitución y *derecho* (penal) *vivo* no necesariamente son coincidentes, ya que pueden existir leyes penales desfasadas de la realidad social sin que sean inconstitucionales, debido al principio de la seguridad jurídica, y que el ámbito de validez de la ley estaría marcada en la ya kelseniana idea de su conformidad a una norma de orden superior o *Grundnorm*, pero que no obstante ello igualmente vería comprometida su validez, por su inconsistencia con lo material.

Esto no es la clásica distinción entre validez formal y validez material, ya que siempre ésta, en la contraposición entre derecho formal e informal, es derecho formal, sino que más bien es un tipo de validez que depende de su conformidad con el derecho vivo.

Sin embargo, y pese a existir esta divergencia y ser jurídicamente aceptada cuya demostración habría de ser el instituto de la seguridad jurídica, igualmente se requeriría por la política-criminal, cierta congruencia entre la ley y el derecho vivo en materia penal.

Es así como TERRADILLOS BASOCO expresa:

“Una política criminal racional, además de sólidamente fundada, ha de ser flexible, en el sentido de adaptable a la dinámica social. Compatible, por tanto, con la acelerada evolución de nuestra sociedad que incide de modo inmediato en la selección y jerarquía de bienes y valores protegidos jurídicamente y compatible también con la coexistencia, en el tiempo y en el espacio, de órdenes económicos, axiológicos, ideológicos, etc., heterogéneos. Al seleccionar el ámbito de la tutela jurídico-penal se evitará, pues, la precipitada formación de dogmas, siempre excluyentes, y el anquilosamiento prematuro de frentes de opinión. Los sistemas deben ser suficientemente flexibles y pragmáticos, de modo que sea posible su puesta al día desde el momento en que se constaten mutaciones importantes y duraderas en la escala social de valores”<sup>983</sup>.

La primera exigencia del autor y un cuasi requisito *sine qua non*, es una política-criminal de tipo “racional”, no cualquier política-criminal. Desde ese piso se hace posible la solicitud de TERRADILLOS BASOCO de la adaptación de dicha política-criminal a la dinámica social, y con ello obviamente y para nosotros, la producción normativa. La aceleración de la evolución social y la flexibilidad y pragmática de los sistemas, nos remite

<sup>983</sup> TERRADILLOS BASOCO, JUAN, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, p. 125.

a las palabras de NOVOA sobre lo vertiginoso de los cambios tecnológicos y sobre el contenido del derecho como un instrumento flexible y vacío de contenido (ideológico).

La necesidad de adaptación entre la política-criminal y la realidad es apreciada así como deber del sistema.

#### **b. Desequilibrios por un aumento de la producción de bienes jurídicos materiales por sobre la producción normativa**

Como ya fue expresado anteriormente, cuando se habla del bien jurídico como objeto jurídico-penal, se hizo posible distinguir de las diferencias existentes entre *bien jurídico material* y *bien jurídico estatal o positivo*.

Ahora bien, tal diferencia puede manifestarse en un “objeto de protección” (como le llamada la doctrina) o relaciones sociales de relevancia jurídico-penal que no han sido elevadas estatalmente (en adelante, normativamente) como tal, o bien, consignándose normativamente como bienes jurídicos, relaciones sociales que no debieran ser consignadas como tal, por ejemplo, las ya vistas necesidades humanas alienadas y/o intereses y/o fetiches jurídico-penales. En pocas palabras, no existe correlato o correspondencia entre bien jurídico material y el bien jurídico estatal, y ello conduce a la exigencia político-penal basada, en la racionalidad, de congruencia o correspondencia en el *ciclo de producción penal*, con lo que los procesos de producción unos respecto de otros serían condicionales.

La correspondencia para las distintas fases productivas, generalmente se dará en una relación de mayor o menor, esto es, que la producción de bienes jurídicos materiales será mayor o menor a la producción normativa, o ésta en relación a la producción hermenéutica, y nuevamente ésta en relación a la de bienes jurídicos materiales.

El caso tal vez más visible, sea el de las reformas legales, como modo de superación de legislaciones ya anticuadas, antes expresado por MARTÍNEZ-BUJÁN, al señalar el desajuste entre textos positivos rezagados y los cambios en las relaciones sociales<sup>984</sup>, cuestión que puede traducirse en los procesos de codificación o re-codificación.

Es así como todas las reformas macro a la legislación penal de una nación prueban, de algún modo, este desfase entre la producción de bienes jurídicos materiales y la producción normativa. Ello, no solo se podría probar con el hecho mismo de una reforma, sino que el mismo texto de la ley en sus partes preambulares (Mensajes, Exposiciones de Motivos, etc.), se encarga de expresar el desequilibrio. Esta clase de textos siempre enuncian a lo que aspiraría cualquier legislación en condiciones normales, por lo que no sólo exponen las pretensiones político-criminales de la época, sino también representan una lectura mediatizada por la cultura<sup>985</sup> o la ideología<sup>986</sup>, de la realidad social en relación a la legislación penal.

Asistiendo con un ejemplo a lo dicho, el “Mensaje” del Código penal chileno, que recordemos es de 1874, señala necesidades de congruencia o “armonización” entre la realidad social y la legislación:

“La necesidad de una reforma en nuestra legislación penal se hacía sentir de mucho tiempo atrás para *poner en armonía el estado presente de nuestra sociedad, el desarrollo que ha alcanzado en todas las esferas de su actividad, con los preceptos que deben marcar sus límites y su campo de acción propia*,

<sup>984</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “La inflación del derecho penal y del derecho administrativo”, p. 199.

<sup>985</sup> Vid. ECO, HUMBERTO, *Tratado de semiótica general*, [trad. Carlos Manzano], Lumen, Barcelona, 2000.

<sup>986</sup> Vid. VOLÓSHINOV, VALENTÍN NIKOLÁIEVICH, *El Marxismo y la filosofía del lenguaje*, [trad. Tatiana Bubnova], Ediciones Godot, Buenos Aires, 2009.

fijando las reglas supremas de lo lícito y lo ilícito (...) “las *nuevas instituciones sociales* y el *ensanche* que día a día reciben, han *creado y crean* sin cesar *derechos nuevos* que la *ley debe tomar bajo su amparo* para que prosperen y den los frutos de progreso y de riqueza, que sirven de base sólida a las sociedades modernas. De aquí nacen *vacíos* en nuestra legislación actual, que ella no ha podido prever, como formada en una época en que tales *derechos* no habían alcanzado su perfecto desarrollo, o que tal vez se desconocían por completo” [el resaltado es nuestro].

Y a propósito (para invitar igualmente la voz de la doctrina penal sobre la cita), MATUS, señala una de las condiciones que permitieron la dictación del Código penal chileno de 1874: “Desde el punto de vista social, un Proyecto de nuevo código penal sólo parece tener posibilidades de ser planteado y aceptado cuando se ha perdido la *congruencia* entre las valoraciones sociales y las del sistema normativo anterior y, consecuentemente, cuando *existe congruencia* entre el verdadero *sistema de valoraciones sociales* y el del *nuevo ordenamiento propuesto*”<sup>987</sup> [el resaltado es nuestro].

En similar sentido a lo extractado del Código punitivo chileno, se dirige la “Exposición de Motivos” del Código penal español de 1995 al afirmar:

“El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos *valores y principios cambian, debe también cambiar*. En nuestro país, sin embargo, pese a las *profundas modificaciones de orden social, económico y político*, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La *necesidad de su reforma* no puede, pues, discutirse (...) se ha afrontado la antinomia existente entre el *principio de intervención mínima* y las crecientes *necesidades de tutela* en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente *acogida a nuevas formas de delincuencia*, pero *eliminando*, a la vez, *figuras delictivas* que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la *introducción de los delitos* contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; en el segundo, la *desaparición de las figuras complejas* de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales”<sup>988</sup> (...) la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual [donde] Se pretende con

<sup>987</sup> MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, “La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI”, *Política Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio, 2010, [Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A4.pdf)], [fecha de visita: 27/05/2011], p. 162). En el mismo sentido cuando señala: “el hecho de que en la tramitación parlamentaria del Código penal, a pesar de ser el primer código que se discutieron artículos particulares, se debatió con “notables discursos” no los aspectos teóricos relativos al libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal, ni a la proporcionalidad de las penas, etc., sino principalmente aquéllos que permitían apreciar el cambio social y político de la República Liberal frente al anterior período conservador” (Ibíd., p. 155). MATUS explica esta “coherencia”, debido al hecho que el proyecto no alteraba grandemente el *status quo* del modelo más bien conservador en Chile. Pero claro está, en mucho tuvo que incidir directamente el peso político de sus partícipes, la conformación de un grupo destinado a lograr que el proyecto de Código fuera aprobado como tal, con el objeto de concitar la adhesión, y enrielar las voluntades hacia un objetivo común. Pero también el hecho de que el proyecto nace y concluye en una misma clase de gobierno (liberal) en la época (Ibíd., p. 156, p. 159). Ahora bien, tal coherencia igualmente consiste en una concordancia entre los “valores del liberalismo moderado” del siglo XIX en Chile, y los de la Escuela Clásica del derecho penal español de los Códigos penales de 1848 y 1850 (Ibíd., p. 163).

<sup>988</sup> Esta precisa parte del texto de la Exposición de Motivos, es una de las primeras cuestiones que SILVA SÁNCHEZ aduce para la “expansión”, pero controvierte por representar tener una “cobertura ideológica” en la criminalización de los delitos socioeconómicos fundamentalmente. Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2º edición), pp. 5-6.

ella *adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido*, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos” [el resaltado es nuestro].

Dicho *desfase* es representado, para efectos del ciclo de producción propuesto, como un desequilibrio entre las clases de producciones, y para los casos expuestos en el relato de la Exposición de Motivos, un desequilibrio entre la producción de bienes jurídicos materiales y la producción normativa.

Tanto el Mensaje del Ejecutivo del Código Penal chileno como la Exposición de Motivos del Código penal de 1995, manifiestan el problema central ya reiterado: que la realidad social de dicho tiempo ha expresado ‘cambios sociales’ respecto de los cuales la legislación del tiempo no tiene correspondencia, con lo que, y traduciendo lo dicho según nuestro argot, la producción de bienes materiales es superior a la producción normativa.

Todo lo descrito aquí, se reproduce en cada uno de los textos introductorios, léase Mensaje o Exposición de Motivos, de cada ley penal<sup>989</sup>, y que representen reformas a nivel *macro*. Los desequilibrios a nivel más *micro*, y tal vez menos uniformes, generales o masivos como para los casos de codificación o re-codificación, son los que presentan hábitculo en disposiciones específicas y/o en relación a *bienes jurídicos materiales* igualmente específicos.

En conformidad a lo expresado, las reformas legales reconocen preambularmente esto: que existe un producto material de bienes jurídico-penales no cubierto por la producción normativa. Esto, a la luz de los desfases estudiados, implica declarar la existencia de un *lag* legislativo de materia penal, y la probabilidad de la existencia de una ruptura de la elasticidad de la ley penal sobre el conjunto material de bienes jurídicos. Con lo cual el desfase, en este punto, se representa o expresa como un desequilibrio en el ciclo de producción penal, desequilibrio que indica un *déficit* normativo en relación o confrontación a los bienes jurídicos materiales, lo que es lo mismo, un incremento del producto material de bienes jurídicos por sobre el producto normativo.

Ya habíamos señalado de modo ejemplificador, como en la legislación penal chilena existía un *lag* legislativo para el derecho informático y la criminalidad informática, dado al momento de la Ley 19.223, y con una pérdida de elasticidad importante (14,3%), cuestión que hoy se presenta como problema en el contexto de la realidad social y jurídica chilena por existir relaciones sociales interferidas, lo que redundaría en la afección al bien jurídico material, con lo cual existe un *déficit* normativo respecto de los bienes jurídicos materiales.

Expresemos lo dicho a través de signos y guarismos, para su simplificación en el cálculo; tales como “PN”, para la producción normativa, “PB” para producción de bienes jurídicos, más los signos de mayor o menor, según corresponda (> ó <).

Con lo cual, siempre que exista  $\Delta$  implica que  $PB > PN$ , por lo que respecto de la Ley 19.223 se podría representar con  $PB > PN$ . Se expresa así, un desequilibrio en el ciclo de producción penal y en específico en la relación producción de bienes jurídicos/producción normativa.

---

<sup>989</sup> Por ejemplo, la LO 15/2003: “El vigente Código Penal fue aprobado mediante la ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El tiempo transcurrido desde entonces ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su *actualización* para abordar *nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación* (...) Junto a esta propuesta, que tiene por objeto, esencialmente, el régimen de penas y su aplicación, la reforma del Código Penal pretende la *adaptación de los tipos ya existentes* y la *introducción de nuevas figuras delictivas* en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual” [el resaltado es nuestro].

### c. Desequilibrios por un aumento de la producción normativa por sobre la producción de bienes jurídicos materiales

Sin embargo lo anteriormente analizado y dicho, es solo una clase de desequilibrio, por lo que entendiendo la existencia de dos términos, puede existir además un desequilibrio donde no sea mayor PB sino menor a PN. De existir un *superávit* del producto normativo por sobre el producto material de bienes jurídicos, indicaría la existencia de un incremento de la producción normativa por sobre la producción de bienes jurídicos materiales.

En el caso anterior (PB>PN), se denotó que al generarse una reforma legislativa se incrementa por consecuencia el producto normativo. Pero dicho incremento y al ser así considerado, solo es definido en términos de incremento por su relación a la propia producción normativa, y no en relación al producto material de bienes jurídicos, porque en este último caso, el producto normativo sería deficitario, y lo que hace la reforma legal es justamente incrementar la producción normativa con el fin de hacer congruente el producto normativo con el producto material de bienes jurídicos.

Es bueno advertir aquí, un incremento normativo no puede consistir en un aumento de la mera ley formalmente considerada, lo cual es hasta cierto punto obvio, ya que ni leyes que introducen guarismos, signos, definiciones producen incremento, salvo que dichos guarismos, signos y definiciones incidan en un *contenido penal*.

Para conceptualizar la expresión *contenido penal* de una norma, habría que considerar primariamente aquel significado que le atribuye BENTHAM al que llama “*contenido de la ley*” término (contenido) que el propio autor resalta. “El *contenido* de la ley es el resultado de la expresión dada a la voluntad de una persona o grupo de personas que tienen poder para producir algún tipo de daño a la persona o personas a quienes de esta manera se exige el acatamiento a la voluntad así expresada”<sup>990</sup>.

Siguiendo lo anterior, la ley penal, o a la que así se llama ley penal (obviando las disposiciones dentro de una “ley penal” formal, que tiene otras funciones a las de penar) en cuanto a su contenido, es la expresión de voluntad de quienes tienen el poder de hacer daño a otro, a través del castigo, lo cual si se traduce jurídico-penalmente, quienes tienen el poder para imponer la limitación y/o privación a bienes jurídicos y/o derechos fundamentales a través de la pena. Y ello no es en abstracto, en cuanto ciudadanos que deciden la ley (como “voluntad soberana”), sino en quienes pueden efectivamente establecer penas, imponerlas, o expandir los alcances de la punición. De ahí que el aumento o incremento del contenido penal de una norma significa, básicamente, aumentar la punición de una norma.

Teniendo esto en consideración y retomando los razonamientos anteriores, decíamos que solo un incremento en la producción normativa no es indicador que refleje la existencia de un crecimiento en la penalidad, entendiendo por esto último, lo que generalmente en el foro de la doctrina se ha manifestado a través de la frase “más derecho penal” en la sociedad. “Más derecho penal”, no puede entenderse por sí mismo, como expresión de un fenómeno aislado, como una ‘cosa’, sino más bien debe ser entendido como una relación<sup>991</sup>.

Esto es posible visualizarlo con los ciclos de producción penal, lo que nos conduce -y para los casos en análisis (codificación, reforma)- a establecer la relación entre la producción de bienes materiales y la producción normativa, ya que ambos se sitúan en un

<sup>990</sup> BENTHAM, JEREMY, *Nomografía o el Arte de redactar leyes*, [trad. Cristina Pabón], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, p. 4.

<sup>991</sup> Vid. CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, “La ‘relación’ como objeto de la ciencia del derecho penal”.

contexto de interacción, y es en base a dicha interacción que se puede explicar la producción de derecho penal (y para esta relación específica entre PB y PN).

Un incremento normativo es resultado, finalmente, de la producción normativa. Pero el incremento normativo, es sólo un factor o variable, que como ya dijimos, no determina por sí solo la existencia de “más derecho penal”. Para ello necesitamos una segunda variable que se correlacione a la anterior, y ésta, habría de ser, la producción de bienes materiales.

Ello porque -y como se ha venido construyendo el argumento hasta acá- si las relaciones sociales determinan, en base a las necesidades sociales, la incriminación de ciertas conductas por su afección a bienes jurídicos materiales, existe un correlato o correspondencia entre la realidad social y la realidad normativa, donde la producción normativa es y necesita ser avalada por o sustentada en la producción de bienes jurídicos materiales. En otras palabras y según visto para el *desfase* antes estudiado, existiría congruencia entre realidad social y realidad normativa, lo cual se traduce que en el ciclo de producción penal existiese un desequilibrio en la producción.

De existir un incremento en la producción de bienes jurídicos materiales, si la producción normativa se incrementa de modo proporcional al anterior, entonces no puede decirse que en este caso existe “más derecho penal” dentro de la sociedad, ya que para este caso, sigue manteniéndose constante cierta congruencia normativo-social.

“Más derecho penal” solo tiene significado, si la producción normativa se incrementa por sobre la producción de bienes jurídicos materiales, porque entonces, el contenido penal de la norma no tiene correlato con un incremento proporcional de bienes jurídicos materiales. También habría de expresarse este fenómeno, si la producción hermenéutica vinculante y sobre todo, de clase jurisprudencial, es superior a la producción de bienes jurídicos materiales, o bien, a la producción normativa. En ambos casos se produce un desfase formal-informal, donde ambas realidades (social y normativa) se desfasan, ya que se produce un desequilibrio en la producción de la penalidad.

## CAPÍTULO V: BÚSQUEDA Y CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO DENTRO DEL PATRIMONIO CONCEPTUAL DE LA CIENCIA PENAL QUE EXPRESE EL DESEQUILIBRIO EN EL CICLO DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO PENAL

### I. EXPOSICIÓN

En la I Parte de este trabajo, se efectuó una crítica metodológica del modelo expansivo. En lo que va hasta ahora de la II Parte, ha tenido como objeto proponer un base metodológica desde la cual evaluar los fenómenos jurídico-penales descritos por la expansión, lo cual hasta ahora, ha arrojado una apreciación diferente a la del modelo expansivo. Se hace necesario ahora la búsqueda y apropiación de un concepto que pueda describir el mismo fenómeno jurídico-penal, pero bajo el fundamento metodológico anteriormente expresado.

### II. DESDE LOS SIGNIFICADOS DOTADOS POR LA DOCTRINA PENAL PARA EL TÉRMINO INFLACIÓN (PENAL) HASTA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO

#### 1. USO DEL TÉRMINO "INFLACIÓN" (PENAL) POR LA DOCTRINA

La referencia general de la doctrina penal actual ha tendido en asociar el fenómeno de los incrementos normativos bajo el nombre y término de "inflación penal", o simplemente, "inflación"<sup>992</sup>. Aún han operado así incluso, cuando han discutido dicho incremento dentro del contexto del modelo expansivo y bajo el imperio el concepto de "expansión". Más aún, el mismísimo SILVA SÁNCHEZ en "La expansión..."<sup>993</sup>, lo refiere directamente.

Si bien la tal doctrina no se detiene en precisar un significado para el término "inflación" (penal), algunos de aquéllos se han adentrado a facilitar claves, a indicar prácticas, a nombrar signos y numerar hechos que permitan delatar un significado que le de realidad a un concepto de "inflación" (penal), incluso, extendiendo su significado a algo más que solo un incremento normativo. Dentro de tales claves y hechos, hemos de presenciar los fenómenos jurídico-penales a los cuales se aplican, y en tanto se

<sup>992</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1979, p. 210; FERNÁNDEZ, GONZALO, *Bien jurídico y sistema del delito*, Editorial BdF, Buenos Aires, 2004, p. 132, p. 180; GARCÍA ALBERO, RAMÓN, "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 295-400, p. 373; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 685-722, p. 712; QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., "La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales", en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTIN, VICTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 401-440, p. 437.

<sup>993</sup> "En este contexto, debe admitirse que proponer la "devolución" al Derecho administrativo de todo el "nuevo" Derecho penal es, sin duda, una postura loable desde perspectivas academicistas. Pero que elude afrontar las razones por las que se ha producido esa *inflación penal* así como buscar soluciones que, atendiéndolas, muestren la máxima racionalidad posible" (SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), p. 166).

consideren hechos particulares respecto de los cuales sea posible una generalización que se cristalice en un concepto.

En España, BERISTAIN y de modo general, aplicaba y utilizaba el término “inflación penal”<sup>994</sup>, cuando significaba incriminaciones, y por ende, introducción de tipos penales nuevos<sup>995</sup>, y aún de tipos nuevos como delitos de peligro abstracto y concreto<sup>996</sup> (con lo cual existen ampliaciones en los espacios de riesgo), o bien cuando se producía un aumento de la penalidad y de su rigor en general<sup>997</sup>.

Ya de modo específico, el autor relaciona al significado del término “inflación”, con los términos “reducir el articulado en el Código Penal” o “poda” respecto de los delitos<sup>998</sup>, cuestión que claramente apunta a que la inflación la relaciona con aumento normativo. Pero además BERISTAIN, trata la inflación a propósito de la incriminación de ciertas conductas<sup>999</sup>, pero sin identificar ambos términos, sino distinguiéndolos, de forma tal que trata a aquél, como una especie de éste<sup>1000</sup> que sería por ende el género, con lo cual clarifica que para él *no toda incriminación es inflación*. Lo cual implicaría entonces, que *no todo crecimiento normativo es inflación*. Se suma a esta reflexión el hecho que el autor, cuando habla de “poda” de delitos, habla de una situación ya producida, por lo que refleja que la inflación penal no solo registra el aumento de la legislación penal en un momento dado, sino también sirve para designar una situación ya existente en un cuerpo normativo.

Pero además de lo anterior, BERISTAIN extrae un segundo índice de los señalamientos de PETERS (a quien cita), para efectos de caracterizar el término “inflación”. En efecto PETERS menciona la frecuencia excesiva en la utilización de penas cortas privativas de libertad, igualmente como ampliación de “contenido”<sup>1001</sup> (en tanto “contenido” penal), cuestión que está de acuerdo BERISTAIN para sugerir la reducción de su “empleo” y señalar como inflación dicho fenómeno<sup>1002</sup>.

La propia referencia de PETERS, está incardinada sobre la base de la actuación judicial, ya que su crítica apunta a que se “aplican con frecuencia” excesiva las penas cortas<sup>1003</sup>, y no sobre la actuación legislativa, caso en el cual habría hecho una crítica a su inclusión dentro del sistema. Siendo así, al situar el problema al nivel del jugador y no del legislador, no existe entonces acrecimiento normativo alguno, pero BERISTAIN insiste en llamarle a esta descripción de PETERS como inflación<sup>1004</sup>.

<sup>994</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 207, p. 209, p. 210, p. 227.

<sup>995</sup> *Ibíd.*, pp. 209-210. La referencia es respecto de los “delitos contra la familia” de forma específica.

<sup>996</sup> *Ibíd.*, p. 273.

<sup>997</sup> En la crítica al Ancien régime en la asignación de pena de muerte a delitos que no la poseían, y aún agravando éstas con castigos previos (*Ibíd.*, p. 145).

<sup>998</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 222.

<sup>999</sup> *Ibíd.*, p. 210.

<sup>1000</sup> Cuando el autor, como forma de resumir en un punto una de las críticas de la doctrina a la incriminación del abandono de familia, la enuncia del siguiente modo “A) La justicia exige la no incriminación del abandono económico de la familia porque tal incriminación es inflacionista” (*Ibíd.*, A), p. 218), tal expresión indica la referencia al caso de la especie, signando dicha incriminación como inflacionista pero no respecto de toda incriminación, con lo que no identifica ambos términos, de lo cual se infiere que la inflación es una especie dentro del género incriminación, por lo que su relación es de género a especie.

<sup>1001</sup> *Ibíd.*, p. 219. En todo caso, vieja denuncia ya de VON LISZT. VON LISZT, FRANZ, *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, p. 89.

<sup>1002</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 219, p. 222.

<sup>1003</sup> *Ibíd.*, p. 219.

<sup>1004</sup> Ahora el por qué la pena corta para BERISTAIN ha de consistir en una inflación, no lo explicita convenientemente. Pero la enumeración previa de puntos que suponen los argumentos de los abolicionistas antiretributivos, donde ocupa la palabra “incriminación”, que luego en el análisis detallado de los puntos, intitula el punto de la inflación trocando “incriminación” por el término “retribución” (*Ibíd.*, pp. 218-219), no debería ser obviado para su interpretación en el nivel propuesto. Ello porque si es así, y si el autor ha estrechado ambos términos hasta hacerlos conceptualmente sinónimos, la inflación supondría para BERISTAIN un efecto retributivo, lo cual implica una traducción en los efectos directos de la pena en el sujeto



Otra cuestión interesante que se agrega y planteada por BERISTAIN, es la relación que hace de la inflación con la seguridad jurídica.

Si bien relaciona el concepto de inflación al de los delitos de peligro abstracto, lo cual puede dar lugar a pensar en que, y del mismo modo que SILVA SÁNCHEZ, relaciona un acrecimiento normativo en esta área con un efecto valorativamente negativo, lo cierto es que no se encuentra en esta dirección, y esto es así, porque BERISTAIN habla de inflación pero relacionándolo con delitos de peligro ya “incriminados en los Códigos Penales”<sup>1005</sup>. Dado a que en este caso, el reclamo por una inflación penal viene de la mano de normas ya acogidas en el corpus legislativo, implica que no se está refiriendo a un acrecimiento normativo, para denominar al fenómeno como inflación. Y es así, desde que su reclamo es al uso de dichas normas en el sistema cuando se anticipa por ese uso, la incriminación de conductas. Con lo cual parece que no está apuntando al acogimiento de tipos penales, sino a la interpretación judicial de ellos.

FERRAJOLI, en Italia, fundamentalmente en *Derecho y razón (Diritto e ragione)*<sup>1006</sup>, hace una mención de modo profuso al término inflación. De modo general, utiliza un método de contrastación transversal en su obra entre minimización y maximización penal. Derivando de allí que siendo el maximalismo penal la contraparte al minimalismo, y como éste último ha de ser la reducción del derecho penal, aquél habría de ser el crecimiento de las posibilidades normativas del mismo, el cual el autor lo refiere muchas veces con el término de “inflación” (penal).

Es así como utiliza el término “inflación”, en relación a las últimas manifestaciones de crecimiento normativo<sup>1007</sup>; la introducción de nuevos tipos penales<sup>1008</sup> (crimen organizado, “microdelincuencia difusa”<sup>1009</sup>), entendido en algunos casos como “inflación de las prohibiciones”<sup>1010</sup>; la flexibilización interpretativa de ciertas normas jurídico-penales<sup>1011</sup>; la flexibilización de garantías procesales<sup>1012</sup>, y/o el aumento de rigorización en sectores del

---

y el tramado social. Con lo que la pena corta, pese a su supuesta reducida influencia, ha de tener en lo real, mayor influencia retributiva de la esperada, y mayores efectos sociales perniciosos que los creídos (por la nula influencia positiva en el penado, que por el contrario, se traduce en una desocialización por el efecto de la subcultura carcelaria, lo que produce mayores índices de reincidencia, Cfr. VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE, “Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica”, en ARROYO ZAPATERO, LUIS (DIR.), *Estudios de criminología*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pp. 217-250, p. 230). Pero estos efectos retributivos, habrían de estar sobre un efecto que fuese el suficiente para que la pena cumpla una función efectiva, como para poder ser llamado “inflación”. En términos burdos, ha de significar más castigo, donde no sería necesario, y de algún modo este más castigo ha de ser así percibido por el autor en su efectos inflacionarios, porque en situaciones donde podría no existir derechamente la pena privativa corta (privación en cuanto prisión o presidio en Chile), sin embargo existe, ampliando así los contenidos del derecho penal donde podría no encontrarse con la vida civil, o pudiendo haber sido reemplazados por vías menos onerosas desde el punto de vista punitivo.

<sup>1005</sup> BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 273.

<sup>1006</sup> Las versiones aquí utilizadas de *Diritto e ragione*, es la traducción al español del año 2004. Se cita como fuente bibliográfica anterior a “La expansión...”, en el entendido que *Diritto e ragione* es publicada en Italia en 1989, y que la primera versión en español es de 1995, que en cuanto la obra original, no se ve modificada prácticamente en nada respecto de sus traducciones posteriores.

<sup>1007</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 10.

<sup>1008</sup> *Ibíd.*, p. 9, p. 10, p. 385, p. 411, p. 702. Del mismo modo en FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 16 y p. 18, donde relaciona con el derecho general la denominación de “inflación normativa”

<sup>1009</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 411.

<sup>1010</sup> *Ibíd.*, p. 418.

<sup>1011</sup> *Ibíd.*, p. 385.

<sup>1012</sup> “Es lo que ha ocurrido en Italia, donde, en la época de la emergencia y gracias a la revitalización de los delitos asociativos previstos por el código Rocco y a la invención de nuevas técnicas inquisitivas, se han impuesto formas de proceso-pesquisa de cuño policial o esquemas penales modelados sobre *tipos de autor*. Estos arquetipos sustancialistas han reaparecido, sobre todo, en los procesos de *terrorismo* o contra otras formas de *criminalidad organizada* [intensificación, criminalidad contra las bases de la identidad estatal], y han contado con el favor de una subcultura jurídica animada por una concepción del proceso como «lucha» pro

derecho procesal<sup>1013</sup>, cuestiones todas estas que denomina con la expresión general de “inflación (...) del proceso”<sup>1014</sup>; la transformación de meras faltas administrativas como delitos<sup>1015</sup>, como consecuencia de la pérdida de separación del derecho penal respecto del derecho administrativo<sup>1016</sup>, produciéndose una injerencia “inflacionista” del derecho penal en el ámbito administrativo<sup>1017</sup>; la penalización de las faltas en general, como aquellos delitos asociados a multa<sup>1018</sup>; también en la diferencia existente entre aquellos casos cuando los bienes que se privan por la pena son mayores, respecto de aquellos que priva el delito<sup>1019</sup>, o cuando se consideran delitos sin daños o meras desobediencias como delito<sup>1020</sup>; la creación de nuevos bienes jurídicos<sup>1021</sup> a los que, dudando de su justificación, denomina, curiosamente, como “anormal expansión”<sup>1022</sup>; o todas aquellas reseñadas bajo el nombre de “inflación (...) de las penas”<sup>1023</sup>, tal como el exceso en la penalidad<sup>1024</sup>.

Pero FERRAJOLI igualmente relaciona el término *inflación* con fenómenos diversos de un acrecimiento normativo. Una de sus referencias –respecto de las cuales el italiano pone un énfasis especial en su obra total-, es a la imprecisión y vaguedad de los términos legales, donde “derogan la estricta legalidad de los tipos penales y brindan un amplio espacio a la discrecionalidad y a la «inventiva» judicial”<sup>1025</sup>, cuestión que devendría, según sus palabras, en una inflación penal<sup>1026</sup>. Del mismo modo que BERISTAIN, el jurista italiano hace referencias a los delitos de peligro abstracto, tanto por la anticipación de tutela penal<sup>1027</sup>, como “por la descripción abierta y no taxativa de la

---

*salute rei publicae* que justifica los medios extraordinarios [“derecho penal de lucha”, en palabras de JAKOBS, que suscribe SILVA SÁNCHEZ]. Han terminado, también, por contagiar a los usos judiciales, revalorizando, incluso en los procesos por *delitos comunes* [criminalidad grave y leve], métodos enérgicos y, en ocasiones, incluso persecutorios, orientados a la *justicia preventiva*” [el resaltado es nuestro, excepto *pro salute rei publicae*] (Ibíd., p. 385). Este comentario es elocuente, ya que hace idénticas referencias, y tal como se ha señalado entre corchetes, básicamente con la intensificación y con las áreas en que el derecho penal se ha inflacionado, o en términos de SILVA SÁNCHEZ, se ha expandido. Pero además, su señalamiento en FERRAJOLI se encuentra estrictamente mencionada a propósito de las formas procesales adoptadas modernamente, lo que insiste en la idea de reinterpretación de las garantías procesales, como uno de los fenómenos jurídico-penales que registra SILVA SÁNCHEZ para el concepto de expansión, y que se identifica con la observación y análisis que efectúa FERRAJOLI. Y tal vez, la referencia a la justicia preventiva que menciona FERRAJOLI pueda relacionarse con la visión de la inocuización que señala SILVA SÁNCHEZ en cuanto reacción de la política-criminal a aquellos (Cfr. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, p. 114.) En idéntico sentido a la relativización de garantías procesales, el mismo FERRAJOLI al señalar los cambios de paradigmas garantistas (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 702), todo esto que llama como “inflación (...) del proceso penal” (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 385).

<sup>1013</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 385, p. 411, p. 575, p. 619, p. 712, p. 714, p. 730 (en este último caso, donde las sanciones vía proceso penal se rigorizan aún más por la mediatización de los medios de comunicación).

<sup>1014</sup> Ibíd., p. 418, p. 619, p. 730.

<sup>1015</sup> Ibíd., p. 417, pp. 714-715.

<sup>1016</sup> Ibíd., p. 411.

<sup>1017</sup> Ibíd., p. 714.

<sup>1018</sup> Ibíd., p. 418.

<sup>1019</sup> Ibíd., p. 472.

<sup>1020</sup> Ibíd., p. 475.

<sup>1021</sup> Ibíd., p. 475. Del mismo modo y en contraposición del concepto de deflación de “bienes penales” (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 477).

<sup>1022</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 473.

<sup>1023</sup> Ibíd., p. 418.

<sup>1024</sup> Ibíd., p. 714.

<sup>1025</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 475.

<sup>1026</sup> Ibíd., pp. 474-475.

<sup>1027</sup> Ibíd., p. 475. En el mismo sentido, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, p. 712.

acción”<sup>1028</sup>. Toda esta indeterminación de las figuras delictivas lleva a la “inflación de la justicia penal”<sup>1029</sup>, ya que tal indeterminación de las leyes, ha hecho crecer el poder dispositivo de los jueces<sup>1030</sup>.

MARTÍNEZ-BUJAN, parece hacer uso del término “inflación” bajo dos significaciones.

En la primera de estas significaciones, apunta más bien a un mero crecimiento del contenido penal de la norma, sin excepción alguna. En efecto, el autor señala que en la actualidad se asiste a un “doble proceso inflacionista”, tanto en el derecho administrativo sancionador como en el derecho penal, y que respecto de este último, tal proceso inflacionista se produciría, al existir un “incremento de nuevos tipos delictivos”, pero el cual se produce porque la base de dicho crecimiento se halla sobre la carencia de textos punitivos vigentes, al proceder los existentes del siglo pasado, por lo cual éstos “se van quedando rezagados con respecto a los profundos cambios experimentados por las relaciones sociales en la época actual”<sup>1031</sup>, justificando luego la introducción de nuevos tipos centrados en la criminalidad socioeconómica<sup>1032</sup>.

La segunda de estas significaciones se produce en la referencia a la inflación del derecho administrativo sancionador, donde critica su extensión por “desmesurada”, por atentar contra la división de poderes al otorgarle facultades penales privativas del ámbito legislativo a la administración, y por autoritaria, lo cual mina la persecución de una sociedad democrática como base<sup>1033</sup>. Es extendida esta crítica al derecho penal igualmente, al señalarla como inflación cierto crecimiento normativo que incide, por ejemplo, en los delitos de bagatela por su insignificancia penal, y sin respeto a la *última ratio*<sup>1034</sup>.

Claramente estamos ante dos significados diferentes, cuestión que no da precisión al concepto final de la inflación dentro del texto:

El primero de ellos pretende hacer entender que si el autor encuentra que la introducción de nuevos tipos es inflación, fuere esto positivo o negativo, entonces el sentido del concepto, *apunta sólo, a un incremento normativo*.

El segundo de ellos, en cambio, ubica al término inflación en una segunda significación, ya que la desmesura a la que alude el autor, implica una *fundamentación racional* para determinarla como tal, y proporciona de paso, una línea de base cual sería la medida, que habría de entrar a calificar para entender cuando se está frente a una inflación. Lo mismo para el caso del derecho penal y la referencia a los delitos de bagatela, donde significa que *no cualquier crecimiento normativo supone inflación*.

SÁNCHEZ GARCÍA, y centrándose en la anticipación de tutela, y respecto de los delitos de peligro abstracto, lo refieren como “tendencia inflacionista”<sup>1035</sup> al efecto que se provoca al interior del sistema<sup>1036</sup>, directamente relacionado con la creación de tipos de esta clase<sup>1037</sup>. Pero igualmente considera tal tendencia, respecto de la anticipación de tutela relacionada con el “auge del fenómeno terrorista”, donde se propende hacia una

---

<sup>1028</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 475.

<sup>1029</sup> *Ibíd.*, p. 712.

<sup>1030</sup> *Ibíd.*, p. 714.

<sup>1031</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, “La inflación del derecho penal y del derecho administrativo”, *Estudios penales y criminológicos*, N° 6, 1981-1982, pp. 197-214, p. 199.

<sup>1032</sup> *Ibíd.*, p. 212.

<sup>1033</sup> *Ibíd.*, pp. 201-202.

<sup>1034</sup> *Ibíd.*, pp. 207-208.

<sup>1035</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, pp. 687-688.

<sup>1036</sup> *Ibíd.*, p. 688, p. 708.

<sup>1037</sup> *Ibíd.*, p. 712.

legislación que cada vez interviene en un momento más temprano bajo la invocación de bienes jurídicos “de imprecisos contornos como la seguridad interior del Estado o el orden público”<sup>1038</sup>. Si se menciona los contornos como imprecisos, se está aludiendo a un segundo momento que habría ser necesariamente la interpretación judicial.

JAREÑO/DOVAL, hacen una mención interesante, al utilizar la denominación de “inflación del tipo”<sup>1039</sup>. En efecto, señalan en relación al artículo 197.2 del Código penal español, que la tipificación de aquel consiste en conductas “tan amplias”, que requiere de una precisión ya que de lo contrario se puede llegar a la inflación del tipo por medio de “interpretaciones excesivamente amplias de la jurisprudencia”, siendo necesario la acotación de su significado<sup>1040</sup>.

Otras referencias al término inflación lo relacionan con otras situaciones que las necesariamente relativas a la tipicidad y la antijuridicidad, sino igualmente a la culpabilidad, como en BOIX/ORTS BERENGUER, quienes vinculan lo inflacionario con las ampliaciones de los límites de edad de la responsabilidad penal<sup>1041</sup>. Y para otras referencias de la doctrina que lo relacionan con la mantención de una situación permanente de un derecho penal aumentado, como BRANDARIZ, quien lo refiere tanto al recrudescimiento del derecho penal en general, como de forma específica al aumento de la crudeza penal en el derecho penal penitenciario –lo que llama “inflación carcelaria”<sup>1042</sup>–, como la introducción y la mantención de penas (muerte) de severa gravedad, y de penas como la prisión<sup>1043</sup>.

## 2. INFERENCIAS EXTRAÍDAS DE LO EXPUESTO POR LA DOCTRINA PENAL SOBRE EL PUNTO

### a. Inferencias extraídas de lo expuesto por la doctrina penal sobre el punto

En conformidad a lo expuesto por la doctrina penal, habría de entenderse que existen tres significados a los que el término apunta.

---

<sup>1038</sup> *Ibíd.*, p. 688.

<sup>1039</sup> JAREÑO LEAL, ANGELES; DOVAL PAÍS, ANTONIO "Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero, sobre el delito del art. 197.2 CP)", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 1475-1497, p. 1483.

<sup>1040</sup> *Ibíd.*, pp. 1482-1483.

<sup>1041</sup> BOIX REIG, JAVIER; ORTS BERENGUER, ENRIQUE, "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 1007-1032, p. 1020.

<sup>1042</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito", *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch Valencia, 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011], p. 164.

<sup>1043</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito", p. 13 y p. 14; BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo", *Mientras Tanto*, No. 102, 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011], pp. 11-12, p. 19; BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación", 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011], p. 83, p. 204.

- a. El primero de ellos es entender la inflación como sinónimo de *incremento normativo*, siempre que dicho incremento incida en un aumento del “contenido” del derecho penal<sup>1044</sup>. En dicho incremento se consideran los siguientes eventos:
- Ampliación de la responsabilidad penal del sujeto.
  - Elevación de las penas.
  - Flexibilización de garantías procesales.
  - Incorporación de nuevos tipos penales.
- b. El segundo de ellos entiende la inflación como sinónimo de incremento en otra actividad con consecuencias en el derecho penal que no fuere lo normativo, lo cual específicamente lo refiere a la interpretación judicial. En ello se mencionan los siguientes eventos:
- Tipos penales con contornos poco delimitados.
  - Tipos penales que permitan el adelantamiento de la barrera de punición.
  - Marcos o moldes de penas que permitan la aplicación de una pena gravosa, por sobre otras opciones.
- c. El tercero de ellos entiende la inflación como no solamente la existencia de un incremento, sino que dicho incremento ha de relacionarse necesariamente con algo para estimar si existe o no realmente un incremento (MARTÍNEZ-BUJÁN en relación a la criminalidad socioeconómica).

**b. Construcción del concepto de inflación desde lo inferido de la doctrina y en relación a los desequilibrios en la producción del derecho penal**

Hasta ahora se ha expresado un significado parcialmente descriptivo de un concepto inflación, ya que éste indica el fenómeno del aumento del derecho penal en la legislación penal como en la interpretación judicial, y el fenómeno del cómo aumenta el derecho penal tanto por parte de la legislación penal como desde la interpretación judicial. En esta parte, no dista mucho del concepto de “expansión”, porque lo que describe es la superficie, aquello que es inmediatamente visible, como el presenciar y declarar ‘aquí hay más ley penal’.

Pero la descripción de dicho aumento, solo refleja un indicador parcial del aumento, puesto que con solo esa descripción no sabemos verdaderamente si un aumento ha ocurrido, ya que puede que la legislación penal ha aumentado justamente para cubrir una necesidad humana que fundamente relaciones sociales interferidas, esto es, un bien jurídico material, caso en el cual, si bien podemos hablar de “aumento”, éste se encuentra relacionado con la realidad social que proporcionalmente igual aumenta, haciéndose coherente la legislación con dicha realidad social. Y en este caso, verdaderamente, no hay un aumento del derecho penal, porque no existe amplificación de las posibilidades del derecho penal en la sociedad civil, porque ya desde el seno de ella ha surgido una necesidad normativa, y como el crecimiento ha sido completo, esto es, tanto de la realidad social como de las leyes penales en correspondencia con aquélla, entonces no hay más ni mayor intervención del derecho penal en la vida civil.

---

<sup>1044</sup> BERISTAIN de la cita a PETERS, quien señala a propósito de la inflación la crítica del “exageradamente amplio contenido del Derecho Penal” (BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 218 en relación a pp. 219-220).

Al hacer este ejercicio de escrutación de la realidad social para constatar el incremento, está completando una descripción que se quedaba solamente en la superficie, recurriendo a una base material y racional desde donde evaluar los incrementos. Dicha consideración, como es posible apreciar, es deducible del estudio de los desfases y desequilibrios jurídicos anteriormente estudiados, por lo que con todo esto se completa la significación del concepto de inflación penal.

Puesta así las cosas, la inflación penal se concibe entonces como el aumento del contenido penal de la norma como consecuencia del desequilibrio en el ciclo de producción del derecho penal.

Como la inflación penal, en tanto concepto, depende de los desequilibrios en el ciclo de producción del derecho penal será dicho índice que generalmente revele cuando el sistema jurídico-penal no es congruente con la realidad social, y a su vez, cuando el derecho penal se encuentra incidiendo o interviniendo en grado mayor o menor ("más" o "menos" derecho penal) en la sociedad civil.

En el evento de no existir desequilibrio en la producción normativa y la producción de bienes jurídicos materiales, indica que la legislación penal ha crecido en conjunto con la realidad social, y como tal, el derecho penal ha crecido, y como ha crecido el derecho penal, no existe inflación penal. De modo contrario, si existe un desequilibrio, ya no es el derecho penal quién crece sino una parte del mismo, y cuando ese desequilibrio consiste en que la producción normativa ha aumentado por sobre la producción de bienes jurídicos materiales, entonces estaríamos en presencia de inflación penal.

Siendo así, podríamos decir ya de modo reducido que la inflación penal es el incremento normativo por un desequilibrio en el derecho penal, lo que se traduce en la siguiente expresión, si tomamos a "π", por inflación, y por "p", poena):

$$\pi_p = Pb < Pn$$

Ahora y conforme a lo estudiado en los desequilibrios en el ciclo de producción penal, ya se había hecho mención del fenómeno inverso, esto es, cuando existe un incremento del producto material de bienes jurídicos por sobre el producto normativo, habiendo así un incremento normativo negativo.

En estos casos, estamos ante un subgénero de la inflación penal, fenómeno que designaremos significativamente con el término de deflación penal<sup>1045</sup>, y que podemos expresar -si para "dπp" será símbolo de deflación-, del siguiente modo:

$$d\pi_p = Pb > Pn$$

Ya se había señalado el incremento normativo por razón de las reformas legales y que vendrían a compensar o coherentizar la ley con la realidad social, lo que tomaremos

<sup>1045</sup> En FERRAJOLI encontramos una referencia a este término para el derecho penal, y específicamente aplicado a la deflación de bienes penales y prohibiciones legales. Cfr. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 477. Igual señalamiento y a propósito de FERRAJOLI, lo efectúa SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", p. 3. Vid. igualmente DONINI quien parece señalarlo en el sentido por nosotros propuesto: "son muchísimos los delitos que quedan impunes, o sancionados en una medida muy distinta de la clásica, de acuerdo con una lógica *deflacionista*" [el resaltado es nuestro] (DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al "enemigo"", p. 655). Esta idea pareciera sugerir la deflación no meramente como disminución punición, sino como una disminución que deslegitima el sistema penal. En ABANTO, se captura la idea con el término "déficit de criminalización" (ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 37).

aquí como ejemplo de una situación *deflacionaria*, y que puede suceder con otros variados ejemplos de deflación<sup>1046</sup>.

### III. ¿NECESIDAD DEL CONCEPTO DE “EXPANSIÓN” FRENTE A UN “CONCEPTO” DE INFLACIÓN?

#### 1. EXPOSICIÓN

Para contestar la pregunta enunciada aquí, se hará necesario revisar el concepto de “expansión” y establecer una comparación con el concepto de inflación, conforme a como lo ha expuesto la doctrina penal.

¿Por qué realizar esta comparación? Porque y según como hemos visto, ambos conceptos se refieren un incremento normativo, e indican fenómenos jurídico-penales los cuales indicarían dicho incremento.

Es importante consignar, que las opiniones más sustantivas que asocian un significado para el término de “inflación” por la doctrina, provienen de trabajos anteriores a la primera edición de “La Expansión...” de SILVA SÁNCHEZ, por lo que aquéllos han señalado significados con anterioridad a la introducción del concepto “expansión”, siendo

---

<sup>1046</sup> Es lo que pasa hoy por hoy en Chile en los delitos sexuales, con la mujer como sujeto activo en el delito de violación, y la introducción de dedos o cualquier parte del cuerpo del sujeto activo como conducta típica. En efecto, y para el primer caso, es opinión de la mayoría de la doctrina penal chilena que la mujer como sujeto activo, no está incluida en la descripción del tipo del art. 361 del Código penal chileno (CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, *Aspectos y problemas del delito de violación*, Vol. 2, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, pp. 54-79; RODRÍGUEZ COLLAO, *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 138; GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUÍS, “Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile”, en Gómez Urrutia, *Reforma Penal Sustantiva: en el camino hacia un nuevo Código*, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales N° 6, Santiago de Chile, 2002, p. 174; POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno, Parte especial*, 2º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 250-251; KÜNSEMÜLLER, CARLOS, “Nuevas tendencias en el tipo penal de violación”, en *La Semana Jurídica*, semana del 17 al 23 de diciembre, (58), [versión electrónica: <http://www.lexisnexis.cl/lasemanajuridica/717/article-3767.html>], 2001, N° 7. En contraposición, GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal*, III, pp. 351-356; CARNEVALI, RÁUL, “La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica”, pp. 14-18; SILVA SILVA, HERNÁN, “Criminalidad sexual y la reforma al Código penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales”, *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre, 1999, pp. 143-162, p. 147). La jurisprudencia ha optado, ante situaciones de mujeres hechoras, de castigar por abuso sexual, ya que al menos quedaría residualmente atrapada en el tipo del art. 366 o 366 bis según el caso, no obstante ser el desvalor de la conducta mayor en este caso, que en aquellos habituales de abusos sexuales. En esto existe un desequilibrio deflacionario, ya que se hace necesaria una modificación legal que incluya a la mujer como sujeto activo del delito de violación. Lo mismo en la conducta de introducción de dedos o de alguna parte del cuerpo en la normativa penal chilena, que a diferencia del 179 del Código penal español, el Código penal chileno no recoge. De ahí que en una exigencia más de *lege ferenda*, los tribunales en Chile, aunque de modo dividido, han fallado casos donde se incluye esta conducta, acogiendo la calificación jurídica de abusos sexuales agravados del art. 365 bis del Código penal, o bien, recalificado en vez de abusos sexuales del art. 366 ó 366 bis según si se está ante un adulto o un menor de edad (Vid. SCA Antofagasta, 2-12-2008, Rol 252-2008; SCA Santiago 3º, Rol 2225-2008; STOP Santiago 2º, 21-10-2008, RUC 0700290313-4, RIT 138-2008; STOP Ovalle, 5-5-2008, R.I.T. N° 14-2008, R.U.C. N° - 0700128804-5; STOP Curicó, 3-3-2007, RIT N° 15- 2007, RUC N° 0500667467-6; STOP Rancagua, 7-06-2005, RIT 50-2.005). Dicha calificación o recalificación, obedece a estimar la conducta como disvaliosa, pero la cual no se encuentra figurando como tal en la disposición que sanciona la introducción de objetos y animales como lo es el art. 365 bis., cuestión idéntica a la que pasaba en España antes de la modificación legal de la LO 15/2003 al artículo 179 del Código penal español y por la que consigna la conducta de introducción de dedos o partes del cuerpo, en razón de su ausencia típica ratificada aun por el Tribunal Supremo español (STS 2013/1999).

dichos significados y fenómenos jurídico-penales descritos de forma específica, no diferentes a los referidos por el concepto de expansión, como pudo notarse.

Opiniones posteriores, han tendido simplemente a vincularlos<sup>1047</sup>.

Relevante se hace el destacar el tratamiento que se le da al concepto de inflación por MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>1048</sup>, en su artículo "La inflación del derecho penal y del derecho administrativo" (1981-1982), donde fuera de ya ser de incidencia su titulación y marcar una importante referencia en el contexto de la discusión, es importantísimo por la cercanía en la significación que otorga a dicho concepto de inflación con el de *expansión*, tanto por los fenómenos jurídico-penales descritos a consecuencia de la inflación, como también por el análisis de sus causas<sup>1049</sup>. Es así como MARTÍNEZ-BUJÁN, relaciona este proceso "inflacionista"<sup>1050</sup> del Derecho penal, -y aún del administrativo sancionador<sup>1051</sup>-, con fenómenos tales como el incremento de nuevos tipos delictivos del contenido ya tradicionales del Derecho penal<sup>1052</sup>, y de una cierta reinterpretación de garantías penales existentes<sup>1053</sup>. La inflación además, la concibe el autor como resultado de la intervención del Estado, "el cual tiende progresivamente a la *ampliación de la protección penal a nuevas esferas* o a la *intensificación* de su rigor"<sup>1054</sup>, cuestión que claramente se aproxima como se puede notar, incluso terminológicamente, a la taxonomía "expansiva" de *extensión* e *intensificación* en la terminología "expansiva". Respecto de la ampliación de la protección penal a nuevas esferas, y que habría de coincidir con la extensión en la línea

<sup>1047</sup> Así MENDOZA BUERGO al equiparar el sentido de la expansión con un derecho penal "inflacionado" (MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, p. 186). En similares sentidos REYNA ALFARO, LUIS, "Pornografía e internet: aspectos penales" (en línea), en ALFA-REDI, Revista de Derecho Informático, [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml2x=1449](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml2x=1449), fecha de visita: 10/2/2014; PASTOR, DANIEL, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", [http://www.informereservado.net/descargas/La\\_deriva\\_neopunitivista\\_de\\_organismos.pdf](http://www.informereservado.net/descargas/La_deriva_neopunitivista_de_organismos.pdf), fecha de visita: 8/4/2010, p. 1; MAIER, JULIO, "Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal", p. 2388, incluyendo su nota al pie N° 16, siendo esta la que hace la relación entre el término "inflación" y el término "expansión", para asimilarlos conceptualmente, lo mismo p. 2393 quien los hace equivalentes, con similar nota al pie -N° 30- que la N° 16 del de la página 2388; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, *El moderno derecho penal y la anticipación de tutela penal*, p. 55; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, p. 198; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", p. 708, p. 712; DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Del 'derecho penal liberal' al 'derecho penal del enemigo'", p. 34, aún cuando la expresión es más bien "inflación punitiva", pero por el contexto, entendemos equiparable a inflación penal; En menor medida, esto es, equiparándolos como sinónimos en BAIGÚN, DAVID, "El abolicionismo de Hulsman y los delitos económicos", *Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales*, s/a, [Disponible en <http://portal.uclm.es/portal/page/portal/IDP/homenajehulsman/louk9.pdf>], [fecha de visita: 8/4/2010], p. 3; PENNA, GONZALO "El sinsentido germinal de nuestra política criminal", *Derecho Penal Online*, Instituto Interdisciplinario para el Desarrollo de Estudios Sociales, 2003, [Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,470,0,0,1,0>], [fecha de visita: 8/4/2010], p. 9.

<sup>1048</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "La inflación del derecho penal y del derecho administrativo", *Estudios penales y criminológicos*, N° 6, 1981-1982, pp. 197-214.

<sup>1049</sup> Esto es de especial relevancia, si se considera que el artículo donde expresa tal análisis, data del año 1982, mucho antes que SILVA SÁNCHEZ expresara textualmente, sus reflexiones político-criminales.

<sup>1050</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "La inflación del derecho penal y del derecho administrativo", p. 199, p. 201.

<sup>1051</sup> *Ibíd.*, p. 199.

<sup>1052</sup> *Ibíd.*, p. 199.

<sup>1053</sup> "paralelamente, debe reconocerse su admisibilidad [del Estado] en la medida en que se trata de respetar el básico principio de la igualdad de oportunidades, lo cual exigiría la intervención del Derecho penal allí donde la ley tradicionalmente ha desplegado efectos discriminatorios en favor de determinadas clases sociales o grupos de personas (sirva de ejemplo la denominada delincuencia de "cuello blanco")" (*Ibíd.*, p. 200).

<sup>1054</sup> *Ibíd.*, p. 213.



de la “expansión”, MARTÍNEZ-BUJÁN lo sanciona favorablemente, a diferencia de SILVA SÁNCHEZ<sup>1055</sup>.

Y en general, la doctrina penal, aunque de modo puntual, y en tanto menciones generales, ha referido el término “inflación”, a la descripción de una serie de fenómenos normativos y político-criminales a los cuales se les refiere igualmente con el término de “expansión”, tales como la introducción de nuevos delitos<sup>1056</sup> o agravación de los mismos<sup>1057</sup>, a la intervención del derecho penal en ámbitos administrativos<sup>1058</sup>, a la relativización de las garantías penales<sup>1059</sup>, la reinterpretación de las garantías penales<sup>1060</sup>, el recrudescimiento del derecho penal en general<sup>1061</sup>.

## 2. CONTRASTACIÓN A NIVEL SEMÁNTICO ENTRE LA EXPANSIÓN Y LA INFLACIÓN PENAL

### a. Expresión semántica del concepto “expansión”

Una vez introducido el concepto “expansión” dentro de la discusión en el derecho penal, adquiere una cierta significación semántica, en virtud del contexto jurídico-penal en que es usado.

Si bien la obra en su conjunto responde a la fundamentación teórica de su significado, existen, en la primera edición y que se replica en la segunda, dos referencias directas en la concreción de las ideas que corresponderían como concepto, al término “expansión”.

La primera referencia directa es en la que aparece estableciendo las relaciones entre la tendencia de las legislaciones, con el término “expansión”, en tanto referencia comprensiva de las manifestaciones que se señalan:

“No es nada difícil constatar la existencia de una *tendencia* claramente dominante en la *legislación* de todos los países hacia la introducción de nuevos tipos penales así como a una agravación de los ya existentes que cabe enlazar en el marco

<sup>1055</sup> En efecto, MARTÍNEZ-BUJÁN señala lo siguiente: “Ilustrativas son, desde esta perspectiva, las infracciones relativas al orden socioeconómico, que en términos generales tipifica -a nuestro entender- adecuadamente el Proyecto de Código penal de 1980; tipificación que, además, es plenamente coherente con imperativos constitucionales de tutela jurídica, atinentes a la Economía nacional española, que se recogen en el artículo 38 del texto fundamental. En casos como los expuestos, la criminalización de aquellas infracciones que hasta ahora permanecían en el campo de lo administrativo deviene indispensable en la medida en que resulte necesaria para la protección de la sociedad” (Ibid., p. 212).

<sup>1056</sup> SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, *El moderno derecho penal y la anticipación de tutela penal*, p. 73, nota al pie N° 222, p. 76, p. 84.

<sup>1057</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17ª edición, Dykinson, Madrid, 1994, p. 128, p. 181.

<sup>1058</sup> FIANDACA, GIOVANNI; MUSCO, ENZO, *Derecho Penal. Parte General*, p. 67; PULITANÒ, DOMENICO, *Diritto Penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005, p. 9 y p. 730.

<sup>1059</sup> SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 143.

<sup>1060</sup> En relación a la interpretación de los tipos en el sentido del autor no obstante la consignación de actos, una alteración del principio de tipicidad, ZAFFARONI, RAÚL, *En torno de la cuestión penal*, Editorial BdF, Buenos Aires, 2005, p. 243.

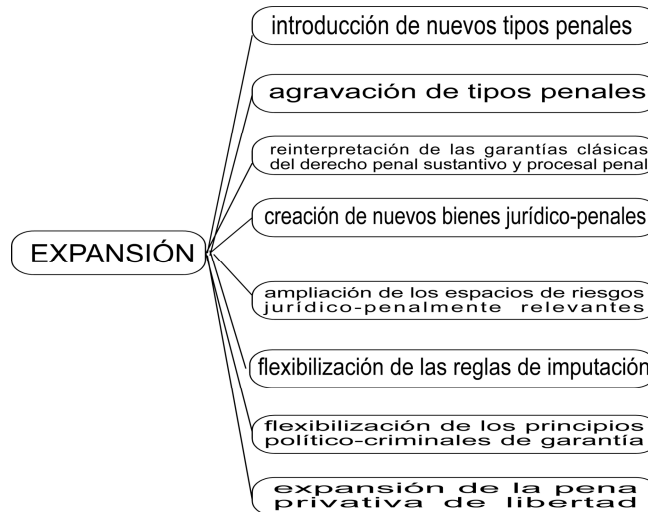
<sup>1061</sup> “Tan relevante o más que ello es el hecho de que en dichos discursos la inflación de la severidad del sistema penal tiende cada vez más a aparecer como la única alternativa” (BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, p. 13). En el mismo sentido pero referido al aumento de la prisión y el recrudescimiento del derecho penal penitenciario vid. BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo”, p. 11.

general de la restricción, o la "reinterpretación" de las garantías clásicas del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal. Creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía, no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término de "expansión"<sup>1062</sup> [el resaltado es nuestro].

Tales referencias, como se puede comprobar, se centran fundamentalmente en las consecuencias a nivel de la teoría del delito y de la teoría del sujeto responsable<sup>1063</sup>.

La segunda de estas referencias, se vincula directamente al concepto expansión, y a propósito de la teoría de la pena de forma directa: "específicamente la expansión del Derecho penal de la pena privativa de libertad. Es esta última la que debe ser contenida"<sup>1064</sup>, y de forma general al "incremento y ampliación de las sanciones"<sup>1065</sup>.

Esto, si lo expresamos gráficamente y en sus lexías complejas, nos conduce a lo siguiente:



Y equiparadas las lexías complejas, con sus respectivos sememas, es posible que se expresen de la siguiente forma:

- (S1) [+Nuevos tipos]
- (S2) [+Agravación de tipos]
- (S3) [+Nueva interpretación de garantías clásicas]
- (S4) [+Mayores espacios de riesgo jurídico-penal]
- (S5) [+Flexibilización de reglas de imputación]
- (S6) [+Nuevos bienes jurídicos]

<sup>1062</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), pp. 4-5.

<sup>1063</sup> Caben señalar también las referencias a la "expansión de la imputación" (Ibíd., p. 42 y p. 44) que hace SILVA SÁNCHEZ, las cuales están dirigidas fundamentalmente a la ampliación de los espacios o de las posibilidades de imputación.

<sup>1064</sup> Ibíd., p. 169. Lo cual implicaría que la pena privativa se aplique a más hechos de los cuales se contemplaba inicialmente, o también, que se aplique por mayor tiempo.

<sup>1065</sup> Ibíd., p. 131.

(S7) [+Relativización de principios político criminales]

(S8) [+Mayor privación de libertad]

**b. Comparación en la expresión de sememas en el concepto expansión, y los fenómenos jurídico-penales asociados por la doctrina penal para la inflación como término**

En virtud de lo anteriormente expresado, y según el estado de la ciencia ya descrito para el término de inflación, se puede esquematizar de modo comparativo a las identificaciones con los sememas representantes de los “aspectos” de la “expansión”, de la forma siguiente:

Expansión	Inflación
S1	FERRAJOLI (2004:10, 702) BERISTAIN (1979:209,273) MARTÍNEZ-BUJÁN (1981-1982:199) SÁNCHEZ GARCÍA (1999:73, 76, 84)
S2	FERRAJOLI (2004:714) RODRIGUEZ/SERRANO (1994:128, 181)
S3	FERRAJOLI(2004:385,411,575,619,712,714,730) ZAFFARONI (2005:243)
S4	FERRAJOLI (2004:475,477) BERISTAIN (1979:273)
S5	FERRAJOLI (2004: 417, 714-715) FIANDACA/MUSCO (2006:67) PULITANÒ (2005:9, 730)
S6	FERRAJOLI (2004:385, 418) SANTANA VEGA (2000:143)
S7	FERRAJOLI (2004:385, 418) SANTANA VEGA (2000:143)
S8	FERRAJOLI (2004:714) BERISTAIN (1979:145) MARTÍNEZ-BUJÁN (1981-1982:200) GARCÍA-PABLOS (2005:584) CEREZO MIR (2006:178) FIGUEIREDO DIAS (2005:123) BRANDARIZ (2007:11)

### 3. DOS POSIBILIDADES SEMÁNTICAS DE INTERPRETACIÓN ENTRE “EXPANSIÓN” E “INFLACIÓN”: LA SINONIMIA Y LA HIPONIMIA

#### a. Primera posibilidad interpretativa: la sinonimia

Desde una perspectiva onomasiológica y realizando una contrastación entre significados, es posible comprobar que el término “inflación”, expresa significativamente todos los contenidos a su vez expresados por el término “expansión”. Siendo el campo de objetos idéntico para ambos casos, el término “expansión” habría de ser sinónimo con el de “inflación”, ya que coinciden en su significado.

Esta cuestión no es del todo equívoca, ya que doctrinariamente, y con posterioridad al uso extendido del término expansión por la doctrina penal actual, ésta lo utiliza en ese sentido, como ya se comprobó<sup>1066</sup>.

Siendo así y como ambos términos expresan lo mismo, en cuanto a los fenómenos jurídico-penales descritos idénticos dentro del campo de objetos, ambos términos en cuanto conceptos referido a dicho campo se identifican, con lo cual y entonces, el término “expansión” se constituye jurídico-penalmente en superfluo.

#### b. Segunda posibilidad interpretativa: la hiponimia

Se podría entender que el término “expansión” ha de referirse a ciertos elementos dentro del campo de objetos que describe el término “inflación”, en relación a sus causas. Si hubiésemos de considerar las causas incorporadas al concepto, según se dijo, y constituyéramos aún un décimo semema expresado como [+originada por causas del modelo social], que el significado del término “expansión” incluiría y por el cual podría diferenciarse al de inflación, -como según previera DEMETRIO CRESPO, y en relación al término inflación<sup>1067</sup>-, entonces, todos los rasgos semánticos del término “inflación”, adicionando otros rasgos que lo diferencian de forma específica, con lo cual aquél sería el *hipónimo* de éste, que sería así su *hiperónimo*.

Sin embargo, esta hipótesis falla en dos aspectos específicos: identidad de causas por la inclusión del semema 10, dentro del campo de objetos a descripción por el término inflación; la falta de *cohipónimos* junto al término de “expansión”.

- *Identidad de causas por la inclusión del Semema 10 [+originada por causas del modelo social]*

Las causas que diferenciarían al término “expansión” del de “inflación”, no son tan privativas de aquel en cuanto a su mención dentro del significado, ni serían un rasgo semántico que no se encontrare expresado ya, cuando la doctrina da significación al término de inflación<sup>1068</sup>.

<sup>1066</sup> *Supra.* en este capítulo, IV, 1. “El uso por la doctrina penal del concepto de “inflación”.

<sup>1067</sup> En cuanto a ser una inflación causada por la “transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial” (DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo””, p. 34).

<sup>1068</sup> Por su parte BERISTAIN, hace una mención muy breve de causas: “Muchos especialistas reconocen que algunas veces las instituciones clásicas de Derecho privado *no bastarán* para lograr los fines pretendidos, por ser tantas y tan nuevas las dificultades de la familia en los tiempos actuales, en los tiempos de la *industrialización* y *emigración masiva*, de la *igualdad de derechos de la mujer*, etc. Pero observan que esto no implica la necesidad ni la utilidad de abrir la puerta al Derecho público, a *la pena*. Al contrario, eso indica la

FERRAJOLI, por ejemplo, utiliza el concepto de inflación, estableciendo igualmente una relación entre causas y fenómenos jurídico-penales de la misma estirpe que los vinculados por la expansión. Es así como existe una íntima relación del examen de FERRAJOLI de los fenómenos jurídico-penales y de las causas de la inflación, con las descripciones señaladas en “La expansión...” de la primera edición, por un lado<sup>1069</sup> -reconceptuada taxonómicamente como *extensión* en las ampliaciones posteriores de SILVA SÁNCHEZ-, y por otro lado, con la relación fenómenos jurídico/causas señaladas en las introducciones a la segunda edición de “La expansión...”, y denominadas como *intensificación*<sup>1070</sup>. Pero la relación que establece entre este avance legislativo sobre éstas áreas y la explicación causal, no deja de ser para nada distante de aquellas que señala SILVA SÁNCHEZ en referencia a la expansión, incluso relativa a idénticas formas de criminalidad que las señaladas y analizada bajo dicha denominación, y según las taxonomías empleadas entre *extensión*<sup>1071</sup> e *intensificación*<sup>1072</sup>.

Para el caso de MARTÍNEZ-BUJÁN, no es difícil encontrar similitud de sus planteamientos, respecto de los del modelo expansivo. En un primer aspecto, respecto de lo que él ve como causas de la actual inflación penal, las cuales son de cierta semejanza en el análisis que las planteadas en “La Expansión...”<sup>1073</sup>. En un segundo aspecto,

---

necesidad de crear nuevas instituciones sociales acomodadas a los tiempos modernos, sin acudir a las vetustas y destructoras sanciones penales” [el resaltado es nuestro] (BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, p. 212). Ellas están referidas, más bien, como opinión del orbe jurídico-penal respecto del delito que analiza, en relación con un delito totalmente distinto a los señalados bajo el término de “expansión”, y en apoyo de la incriminación. Pero pese a su forma distante respecto del delito puesto en cuestión por él, no deja por ello de expresarse una relación de causas e inflación penal en el texto, de modo semejante —aunque un tanto más lejano que los autores que se analizarán aquí— al de la “expansión”.

<sup>1069</sup> “El segundo factor de crisis ha sido la ampliación sin precedentes de la intervención penal, que ha invadido, sobre todo en el *último decenio*, ámbitos tradicionalmente libres de control judicial, desde la *criminalidad de la administración pública y de la clase empresarial y financiera*, con su amplio espectro de *delitos contra los intereses colectivos*, como el *medio ambiente*, la salud o la seguridad en el trabajo” [el resaltado es nuestro]; todo en el contexto de la ampliación de la intervención penal, en relación a la “inflación de los tipos delictivos” (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 701 en relación con p. 702).

<sup>1070</sup> “Esta crisis del derecho no se ve contradicha, sino, al contrario, agravada por la inflación legislativa que ha acompañado al crecimiento del estado social y por el desarrollo de un derecho penal de emergencia mediante el que se ha tratado de hacer frente primero al terrorismo y después a la mafia y demás formas de criminalidad organizada”; “hasta las viejas y nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada, como el terrorismo, la mafia, la camorra y las variadas formas de delincuencia ligadas al mercado de la droga” (Ibíd., p. 10 y p. 701 en relación con p. 702). Igualmente en FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 385.

<sup>1071</sup> En relación a la “intervención inflacionista del derecho penal en el ámbito administrativo”, señala FERRAJOLI: “El fenómeno —que se inició en la segunda mitad del siglo XIX, se desarrolló durante el fascismo, y que ha alcanzado dimensiones absolutamente patológicas en los últimos veinte años— es un reflejo de la ampliación creciente de la intervención normativa del estado en la vida civil y de la consiguiente transformación en públicos de sectores cada vez más amplios y numerosos de actividad y de intereses económicos y sociales. Su aspecto patológico, por otra parte, no radica en el crecimiento de las dimensiones de la intervención pública, sino, precisamente, en la forma penal que ha asumido el sistema sancionador a causa de la conocida ineficacia de las técnicas políticas y administrativas de control” (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 714).

<sup>1072</sup> “el cambio de las formas de la criminalidad, que se manifiesta en el desarrollo del *crimen organizado* y, por otra parte, de una *microdelincuencia difusa*, ambos ligados al mercado de la *droga*; la disminución, no obstante, de los delitos de sangre y el incremento sobre todo de los *delitos contra el patrimonio*; el progresivo desarrollo de la civilidad, en fin, que hace intolerables o menos tolerables que en el pasado, para la conciencia jurídica dominante, no sólo las penas feroces sino también las *penas privativas de libertad* demasiado largas, comenzando por la cadena perpetua” [el resaltado es nuestro] (Ibíd., p. 411)

<sup>1073</sup> “En el terreno del Derecho penal puede constatarse claramente -al lado de un contenido tradicional, de por sí, ya bastante amplio- un incremento de nuevos tipos delictivos, sobre la base de la insuficiencia de los textos punitivos vigentes, que, procedentes en su mayor parte del siglo pasado, se van quedando rezagados con respecto a los *profundos cambios experimentados por las relaciones sociales en la época actual*.

respecto de los fenómenos jurídico-penales que se producen a consecuencia de la tendencia inflacionista, que coinciden en algún caso con los de la expansión. En un tercer aspecto, en el sector de la delincuencia socio-económica que se presenta como problema y en relación a las causas de la sociedad moderna, delincuencia socio-económica que es tema central de la primera edición de "La expansión...". En un cuarto aspecto, en el reconocimiento de dos manifestaciones de intervención del Estado de modo inflacionario que describe MARTÍNEZ-BUJÁN, como se denotó ya en los análisis anteriores, y que reflejan extrema similitud a los términos de *extensión* e *intensificación* de SILVA SÁNCHEZ, indirectamente respecto del primero<sup>1074</sup>, y cuasi expresamente respecto del segundo<sup>1075</sup>.

Es así como en general, muchos aspectos que son nucleares en el modelo explicativo de la expansión, son tocados e interpretados desde el término de inflación señalado por MARTÍNEZ-BUJÁN, y no sólo relacionados con sus fenómenos jurídico-penales descritos en los tópicos de la definición de expansión, como en los casos anteriores, sino además y sobre todo, vinculado a la identificación de las causas sociales y político-criminales, en casi análogo sentido que al del modelo expansivo.

Por su parte, SÁEZ VALCÁRCEL ya en 1996, y como ya se dijo más abajo, hace una relación directa entre una de las que SILVA SÁNCHEZ señala como causa de la expansión, cuál es la demanda de criminalización de sectores de izquierda (léase gestores típicos de la moral o la social democracia) con la inflación<sup>1076</sup>. Esto se expresa, como una imposibilidad de reconocer un discurso liberal en la redacción del Código Penal español de 1995, donde confluía ahora, no sólo los sectores centrados en los valores tradicionales, sino también los sectores de izquierda: "las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores, y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo, y los delitos de cuello blanco. Pero su espacio, de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión ni la prisión ni la *inflación* del derecho penal"<sup>1077</sup> [el resaltado es nuestro].

---

Esencialmente, ha sido el tránsito de un Estado liberal clásico, que se limitaba a compatibilizar libertades, hacia un moderno Estado social de Derecho, lo que ha desembocado en un *recurso excesivo a las sanciones criminales*, con el objeto de cumplir las diversas finalidades de política social que a ella competen: los avances en el campo de la técnica y las *relaciones de la vida moderna, inspiradas en el progreso social, han originado nuevas formas de delincuencia*. No se puede hacer abstracción, evidentemente, de otras causas que igualmente han incidido en esta tendencia legislativa a la criminalización; básicamente, razones de tipo *sociológico* y de índole incluso estrictamente política" [el resaltado es nuestro] (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "La inflación del derecho penal y del derecho administrativo", pp. 199-200). Esto, como se dijo, con más o menos semejanzas, cuestión que se produce en el grueso, ya que cuestiones tales como los análisis relativos al tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, SILVA SÁNCHEZ lo ve de forma diversa, tanto de sus dudas en relación a un derecho penal liberal a quien trata de ucrónico, como también en lo relativo a la afirmación de la crisis del Estado bienestarista como causa. En este caso, las diferencias son en tanto apreciación del fenómeno sociológico que se encontraría como base de una expansión versus la inflación descrita por MARTÍNEZ-BUJÁN, pero que en nada desvirtúan la semejanza, y la contextualización en un período de modernidad post-industrial o tardo capitalista, desde donde se sitúan tanto las apreciaciones de aquel, como las relaciones con su análisis.

<sup>1074</sup> No sólo por la referencia sobre la "ampliación de la protección penal de nuevas esferas", sino además a las de extensión de la potestad sancionadora administrativa, y que se podría relacionar, de algún modo, con la referencia anterior (Ibíd., p. 213, en relación con p. 201, 202 y 203).

<sup>1075</sup> Ibíd., p. 213.

<sup>1076</sup> Cuestión que en todo caso, SILVA SÁNCHEZ cita de modo directo en "La expansión...". Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), pp. 70-71.

<sup>1077</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", *Jueces para la democracia*, Nº 26, 1996, pp. 3-7, p. 4.

La relevancia de las observaciones de SÁEZ VALCÁRCEL es importante, dentro del análisis, por guardar similitud con la exposición de SILVA SÁNCHEZ, en dos cuestiones que se resaltan:

Por el puente establecido entre causas y efectos jurídico-penales;

Por la equivalencia en el uso de terminologías dentro de un mismo contexto de los términos “inflación” y “expansión”.

- *Por el puente establecido entre causas y efectos jurídico-penales.*

El puente entre causas y efectos jurídico-penales, se expresa en SÁEZ VALCÁRCEL, en varias cuestiones, que pueden ser representadas comparativamente con el análisis del catalán. Así, y en primer término, el centro del examen del autor, tiene como punto de partida, el Código Penal español de 1995 y la política-criminal del cual sería su reflejo<sup>1078</sup>, al igual que el de SILVA SÁNCHEZ<sup>1079</sup>. En segundo lugar, el autor representa además las antinomias entre un derecho penal mínimo, bandera supuestamente enarbolada en las discusiones legislativas previas, y dicho Código que tendería más bien a un “maximalismo”<sup>1080</sup>, en idénticos términos que el catalán<sup>1081</sup>. En tercer lugar, el hecho de señalar este maximalismo del Código Penal como una expresión de una “concepción ideológica”<sup>1082</sup> -que también señala como “discurso”<sup>1083</sup>-, del mismo modo que el catalán al referir la “expansión” como poseedora de una “cobertura ideológica”<sup>1084</sup> y producida por un discurso ideológico dominante<sup>1085</sup>. En cuarto lugar, la identificación en el discurso maximalista de sectores tanto conservadores y de izquierda política, y signado como falta de diferenciación por SÁEZ VALCÁRCEL<sup>1086</sup>, en similares términos a la “unanimidad” sobre el papel del Derecho penal y las demandas de criminalización que observa SILVA SÁNCHEZ<sup>1087</sup>. En quinto lugar, la mención de que la crisis del Estado de bienestar devendría en un derecho penal autoritario, y por ende, en aumento del derecho penal<sup>1088</sup>, en el mismo sentido que la “crisis del modelo del Estado de bienestar” que refiere el catalán, como factor de expansión<sup>1089</sup>. En sexto lugar, la mención de ciertos sujetos pasivos –mujeres, ecologistas, sindicatos- como propulsores de demandas de criminalización<sup>1090</sup>, de igual modo que los “gestores atípicos de la moral”<sup>1091</sup>, como causa de expansión. En séptimo lugar, de cómo los intereses de la colectividad en el orden socioeconómico, se ha traducido en la introducción de diversos

<sup>1078</sup> Ibid., p. 3.

<sup>1079</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, pp. 5-6.

<sup>1080</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, p. 3.

<sup>1081</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, pp. 4-6.

<sup>1082</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, p. 3.

<sup>1083</sup> Ídem.

<sup>1084</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 5.

<sup>1085</sup> Ibid., p. 6.

<sup>1086</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, p. 4.

<sup>1087</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, pp. 9-10.

<sup>1088</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, p. 4.

<sup>1089</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, pp. 18-19.

<sup>1090</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, “El nuevo código: maximalismo penal”, pp. 4-5.

<sup>1091</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, p. 64.

tipos, según SÁEZ VALCÁRCEL<sup>1092</sup>, en similares términos que SILVA SÁNCHEZ<sup>1093</sup>. En octavo lugar, el autor señala la influencia de los partidos socialistas del sur de Europa en la “expansión” del sistema penal<sup>1094</sup>, al igual que lo referido por el catalán, como cambio de la política criminal social-demócrata europea<sup>1095</sup>. En noveno lugar, el uso simbólico del derecho penal, como medio de sensibilización en fenómenos como el medio ambiente o la marginación de la mujer<sup>1096</sup>, en igualdad de significado que las menciones del catalán<sup>1097</sup>. Todas estas circunstancias son tratadas como causas de los efectos jurídico-penales expresados, y que se encuentran, contextualmente, en el mismo espacio donde el término “inflación”, fue referido como expresión de un maximalismo penal<sup>1098</sup>.

- *Por la equivalencia en el uso de terminologías dentro de un mismo contexto de los términos “inflación” y “expansión”.*

En efecto, el propio autor hace de algún modo equivalente la inflación al término “expansión”, ya que dicho término lo utiliza de forma expresa, para señalar la opción política de la izquierda en su afán criminalizador<sup>1099</sup>, en semejanza a la utilización que hace del término “inflación”, como pudo comprobarse.

### c. Falta de cohipónimos junto al término de “expansión”

En cuanto a lo segundo, esto es, la falta de *cohipónimos* junto al término de la expansión, existe efectivamente una ausencia de cohipónimos que se encuentren en igual relación que la “expansión” respecto de la “inflación”. Bajo la existencia de un universo de objetos, respecto de los cuales se produzca la posibilidad de ser referidos semánticamente a objetos que no sean inefables, resulta extraña la existencia de una sola relación semántica entre hipónimo e hiperónimo. Esto es, que en el universo de rasgos semánticos que habría de representar el hiperónimo, por razón de la existencia del hipónimo, la existencia de un solo hipónimo es altamente improbable, por la igualmente alta probabilidad de la existencia de más de un hipónimo que especifiquen rasgos semánticos del universo de objetos.

<sup>1092</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", p. 6.

<sup>1093</sup> Pass. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, en especial p. 6, p. 11-13.

<sup>1094</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", p. 6.

<sup>1095</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, en especial, p. 69.

<sup>1096</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", p. 6.

<sup>1097</sup> Pass. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, en especial, p. 46.

<sup>1098</sup> Fuera de éstas, existen otras menciones de SÁEZ VALCÁRCEL al fenómeno, con anterioridad a la publicación de “La expansión...”, aunque no las signa bajo el término de “inflación”, sino más bien como manifestaciones de legislaciones de emergencias o legislaciones penales autoritarias. Tal es el caso del problema de los inmigrantes y extranjeros no comunitarios, y la política legislativa y penal aplicada en su contra como un fenómeno de “criminalización del extranjero”, donde se transforma a éste en un “paria del Estado de derecho”, al cual se le aplican medidas de “control y de prevención general, al servicio de la ideología de la seguridad ciudadana” (SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "La Europa amurallada y los derechos de los inmigrantes", *Jueces para la democracia*, Nº 16-17, 1992, pp. 20-24, pp. 21-22), cuestión que produce “bolsas de miseria” (SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "La reforma de la Ley de Asilo: una norma bajo sospecha", *Jueces para la democracia*, Nº 21, 1994, pp. 15-18, p. 15).

<sup>1099</sup> Cfr. SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", p. 6 y p. 7.



Dado a que la propiedad de la no simetría, no se compadece de una relación entre hipónimos e hiperónimos, entonces, y por las razones antes explicitadas, habría que rechazar el carácter de hipónimo de la “expansión”, y como tal, se vuelve a la hipótesis de la primera alternativa, esto es, la sinonimia, y por consecuencia a su conclusión, esto es, la superfluidad del concepto “expansión”.

#### IV. LA PRODUCCIÓN HERMENÉUTICA JURISPRUDENCIAL Y LA INFLACIÓN PENAL

##### 1. EXPOSICIÓN

Ninguna interpretación judicial podría señalarse como inflacionaria sino en la medida de su relación con el ciclo productivo completo. En efecto, en principio no podremos hablar que el contenido penal de la norma es aumentado, sin la existencia de un correlato en dicho ciclo. ¿Cuál sería la producción que habría de relacionarse con la producción hermenéutica jurisprudencial para entender que existe verdaderamente inflación penal?

Hemos tomado como punto de partida y base, para el ciclo de producción, a la producción de bienes jurídicos materiales. En principio y de forma muy somera, podríamos decir que para la no existencia de una interpretación vinculante, y sobre todo judicial, que haya de estimarse inflacionaria de acuerdo a esta teoría, sería necesario que ésta interpretación fuese congruente con el crecimiento productivo en la sede de los bienes jurídicos materiales.

Esto, de entrada puede generar un problema con la legalidad, puesto que podría encontrarse una producción judicial en equilibrio con la producción de bienes jurídicos materiales, pero discordante con la producción normativa.

El razonamiento más usado en el derecho penal para rechazar cualquier ejercicio hermenéutico que se entiende reñir contra el principio de legalidad, es la de ser una interpretación extensiva e incluso analógica<sup>1100</sup>, las cuales son mayoritariamente desestimadas por la doctrina y la jurisprudencia<sup>1101</sup>.

Sin embargo, habría que distinguir caso a caso, ya que no toda interpretación extensiva podría encontrarse proscrita para el derecho penal, la que incluso puede ser considerada de modo contingente y según algunos criterios, entre los cuales distinguiremos algunos. Ello llevaría a entender que existen espacios dentro de los cuales la interpretación jurídica se mueve con cierta “independencia” del texto legal, y que por lo mismo conviene revisar para tener un indicio sobre la relación entre espacios de movimiento y la inflación penal.

---

<sup>1100</sup> Que algunos distinguen entre ambos, solo por una diferencia de grado desde lo declarativo hasta la arbitrariedad total en la interpretación. Vid. ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, *Sobre la analogía en el Derecho. En ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Editorial Cívitas, Madrid, 1986, pp. 183-184.

<sup>1101</sup> En Sentencia del Tribunal Supremo 7-5-1992 que rechaza la alegación del persecutor en orden a estimar el corte de una alambrada, equivalente a los equivalentes señalados en el delito de robo del artículo 502 inciso 2º del entonces Código Penal (rompimiento de pared, techo o suelo, fractura de puertas o ventanas) señalando que esto “llevaría a una interpretación extensiva contraria al reo”. En idéntico sentido STS 23-3-98, SSTs 10-3-2000, STS18-1-1999, STS18-10-1999; Denegación por STS N º 91/11-4-2005 de la aplicación de la excusa legal absoluta del 268.1 Código penal español, para quien estaba ligado por vínculo afectivo similar al conyugal, por fundarse en una interpretación extensiva. Se desecha por ser una interpretación extensiva, la alegación que intenta equiparar la expresión “lugar abierto al público”, con un local comercial que se abre a ciertas horas del día, respecto de la agravante del 241.1 Código penal español (STS N º 730/25-5-1998).

Dichos espacios se entienden que existen si se aceptan dos presupuestos de base:

En primer lugar, se hace necesario aceptar, por la evidencia empírica sostenida en la práctica judicial y apoyada por la observación de la ciencia jurídica, que la idea del silogismo judicial como mera inferencia mecánica de la ley es un supuesto poco real ante la empiria<sup>1102</sup>.

En segundo lugar, y como causa de la inexistencia del silogismo aludido, se ha entendido que los textos legales contienen un índice de equivocidad en la redacción de la ley no menor, lo que se entiende provocar problemas con el principio de legalidad ante la interpretación judicial. Este problema se agudizaría para dicha interpretación si se enfrenta ante la ley penal (por ser la respuesta estatal más grave y que limita mayores derechos fundamentales)<sup>1103</sup>, y más aún cuando dicho principio se consagra constitucionalmente<sup>1104</sup>, con lo que el conflicto dejaría de ser meramente 'una cuestión de principios'<sup>1105</sup>.

Si la colisión entre legalidad y la interpretación judicial es ya un problema, ¿cuáles son las relaciones problemáticas que surgen al considerar un tercer fenómeno en este panorama como la inflación penal?

La relación problemática más patente, es a buenas cuentas, un dilema, el cual tiene por un lado la relación entre la ley y la interpretación judicial, y por el otro, la interpretación judicial y la producción de bienes jurídicos materiales, y cuyo motivo de dificultad, es sin duda alguna, su congruencia.

Para hacer posible estos análisis, y como la interpretación judicial establece el núcleo de su actividad en relación dialéctica con la normativa, en lo siguiente hemos de establecer una sistematización de los tipos de normas generalmente problemáticos para la interpretación judicial en materia penal, y donde el fenómeno inflacionario podría cobrar relevancia. Además, se establecerá igualmente una sistematización en materia de lagunas jurídicas, en virtud que éstas demandan necesariamente una actitud del juzgador de pronunciamiento mayor en su actividad hermenéutica que en una simple interpretación normativa sin laguna, cuestión que por abrir campo a la discreción judicial, puede haber espacio para un fenómeno penalmente inflacionario.

---

<sup>1102</sup> Señala FERRAJOLI que "La idea de un perfecto silogismo judicial que permita la verificación absoluta de los hechos legalmente punibles corresponde, como veremos desde este capítulo, a una ilusión metafísica: en efecto, tanto las condiciones de uso del término «verdadero» como los criterios de aceptación de la «verdad» en el proceso exigen inevitablemente decisiones dotadas de márgenes más o menos amplios de discrecionalidad. En consecuencia, en la actividad judicial existen espacios de poder específicos y en parte insuprimibles que es tarea del análisis filosófico distinguir y explicar para permitir su reducción y control" (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 120).

<sup>1103</sup> "Por otro lado, en segundo lugar, también se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de estas infracciones: frecuentemente se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir conscientemente las "complejidades, derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad" (CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la democracia*, Nº 44, 2002, pp. 19-26, p. 21).

<sup>1104</sup> Los artículos 25 de la Constitución Española de 1978 (relacionable con los artículos 2, 3, 4 y 10 del Código penal español), y 19 N° 3 inc. 7º y 8º de la Constitución Chilena (relacionables con artículos como el 1º del Código penal chileno), sin duda apuntan en esa dirección.

<sup>1105</sup> "Una Ley penal que desconociese el significado de la tipicidad —expresa la jurisprudencia del Tribunal Supremo español—, que recurriese a términos elásticos, a cláusulas imprecisas y oscuras, que no determinasen con exactitud la esfera de lo punible, entraría en conflicto con la Constitución" (STS 2ª 3/2/98).

## 2. TIPOS DE NORMAS GENERALMENTE PROBLEMÁTICOS PARA LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL EN MATERIA PENAL Y SU RELACIÓN CON LA INFLACIÓN PENAL

### a. La doctrina general respecto a las normas problemáticas

HASSEMER demuestra desde la base de la construcción sintáctica de las disposiciones penales, las imprecisiones del sistema.

En efecto, el autor señala que si una disposición pudiese reducirse a lenguaje simbólico<sup>1106</sup>, sería precisa donde utilizare “asociaciones lógicas” y procedentes de la sintaxis, tales como la conjunción, la disyunción o la implicación, pero equívoca respecto de toda otra mención semánticamente expresable<sup>1107</sup>.

De ahí que utilizando el concepto de “tipos equívocos”<sup>1108</sup>, HASSEMER distingue cuatro formas de equivocidad en los conceptos de los textos legales:

- la vaguedad
- la porosidad
- la disposición o tendencia anímica
- la valoración

Así, los “conceptos vagos” se definen por sus “candidatos neutros”, de tal modo que existen términos que responden al concepto, y por ende son candidatos positivos, y por candidatos negativos, aquellos que indican que el concepto nunca respondería a ellos (como al concepto documento, son candidatos positivos un certificado matrimonial o el permiso de conducir, y negativos, la página de un libro). Pero existen conceptos neutros a los cuales no se sabe con certeza si pertenecen o no al concepto (como la fotocopia no autenticada de un documento). “Si un concepto –señala HASSEMER- tiene al menos un candidato neutral, el concepto es vago”<sup>1109</sup>. Así se introduciría un concepto equívoco como elemento del tipo.

Para los “conceptos porosos”, señala que “si un concepto está abierto al futuro y el *cambio social* le da candidatos neutrales, el concepto es poroso”<sup>1110</sup> [resaltado es nuestro]. Ello implica que el concepto puede ser un concepto vago, pero cuyo candidato neutral proviene significativamente del cambio social<sup>1111</sup>, y que entonces le daría sentido y positivo contenido interpretativo.

Los “conceptos que reflejan una disposición o tendencia anímica” (*dispositionsbegriffe*), que consigna conceptos como “intención”, “dolo”, “voluntario”, “buena fe”, que reflejan una tendencia anímica del sujeto y se refieren al aspecto interno del hecho o la tendencia interna, y más que ambigüedades, son complicaciones de la

---

<sup>1106</sup> Así toma en consideración el § 267 StGB y lo reduce de la siguiente forma: “[conf docfal V fal docaut V ut doc (fal V aut)]  $\wedge$  in fr  $\wedge$  dol  $\rightarrow$  Conju (Quien confecciona un documento falso, falsifique un documento auténtico, o utilice el documento falso o falsificado, con intención fraudulenta (y dolosamente), será castigado con prisión hasta cinco años o multa)”, entendiéndose por  $\wedge$ , V,  $\rightarrow$ , la simbología clásica de “y”, “o” e implicación, respectivamente (HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, [trad. FRANCISCO MUÑOZ CONDE Y LUIS ARROYO ZAPATERO], Bosch, Barcelona, 1984, p. 224).

<sup>1107</sup> *Ibid.*, pp. 224-225.

<sup>1108</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>1109</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>1110</sup> *Ibid.*, p. 226.

<sup>1111</sup> *Ibid.*, p. 225.

prueba en el proceso<sup>1112</sup>. La obtención por el juez de a lo que apuntan estos conceptos, los deducen de datos que denomina “indicadores” y que suministran indicios sobre la existencia de la disposición anímica, debiendo ser “observables”, “completos” y “revelar la disposición”<sup>1113</sup>. De estos conceptos, el sistema penal no puede renunciar, siendo necesarios<sup>1114</sup>. Tanto la tentativa como la imprudencia representan dos puntos desde donde se pueden trazar los límites entre lo interno y externo, y de paso, los conceptos de tendencia anímica, y que de paso excluiría conceptos relacionados con los delitos cualificados por el resultado, las condiciones objetivas de punibilidad y la imprudencia inconsciente<sup>1115</sup>.

Los “conceptos necesitados de complemento valorativo”, son el cuarto y último grupo. A este se refieren los conceptos con un contenido valorativo, tales como “buenas costumbres”. El contenido en este caso es el más abierto de todos, según lo que se desprende de lo dicho por HASSEMER, ya que tales conceptos reflejan el lenguaje de la moral y “el acto valorativo sólo puede ser producido por la persona que valora”, cuestión que liberaría al juez de la vinculación a la ley, ya que se da la paradoja que existen otros ámbitos del derecho donde el juez ha de velar por la utilidad de las soluciones, en cambio el juez penal esta estrictamente sometido a la ley de tal modo que la generalidad es que no actúa en ámbitos de juego discrecional, y al existir conceptos necesitados de complemento valorativo, dado a la estricta sumisión a la ley, no tiene más restricciones que su propio juicio<sup>1116</sup>.

El problema respecto de estos cuatro conceptos que ve HASSEMER, es que todos ellos, “ostentan márgenes de libertad semánticos y con ello abren al juez, forzosamente, *ámbito de libertad de decisión entre los que tiene que moverse sin instrucciones del legislador*”<sup>1117</sup> [el resaltado es nuestro].

HASSEMER, por su parte, estima que para todos los casos de tipos equívocos, pueden utilizarse las llamadas “reglas de uso”, que son aquellas que se producen en otros derechos, tales como los utilizables en un derecho consuetudinario, o equivalente a los usos del comercio, donde surge la opinión que merecen a la comunidad los términos donde rige el Derecho penal<sup>1118</sup>. De tal manera que encontrándose ante diferentes significados, no podría apartarse del significado que le otorga una regla de uso<sup>1119</sup>.

FERRAJOLI, a su vez, distingue dos términos: el “vago o indeterminado” y el “valorativo”. Previo a su distinción, se hace necesario revisar su presupuesto metodológico, para poder establecer las diferencias según su análisis. Es así como partiendo de la teoría referencial del significado de FREGE, distingue entre extensión o denotación e intensión o connotación, reservando para el primero, al conjunto de objetos a los cuales se aplica o se refiere, y al segundo, el conjunto de las propiedades evocadas por el signo y poseídas por los objetos concretos que entran a su extensión, como si hombre denota a Sócrates, pero connota a un animal inteligente, erecto<sup>1120</sup>. En base a esto, un término es “vago”, “si su intención no permite determinar su extensión con relativa certidumbre, es decir, si existen objeto que no están excluidos ni incluidos

---

<sup>1112</sup> Ibid., p. 227.

<sup>1113</sup> Ibid., p. 228.

<sup>1114</sup> “El intento de eliminar los conceptos que reflejan una disposición subjetiva significaría la anulación de esta división sistemática [hecho y autor, tipo subjetivo y objetivo, injusto y culpabilidad, externo e interno] y además la reducción y eliminación de los datos necesarios para la investigación y la decisión del caso” (Ibid., p. 230).

<sup>1115</sup> Ibid., pp. 235-240.

<sup>1116</sup> Ibid., pp. 241-242.

<sup>1117</sup> Ibid., p. 242.

<sup>1118</sup> Ibid., p. 240.

<sup>1119</sup> Ibid., p. 243.

<sup>1120</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 119.

claramente en su extensión". Y es "valorativo" "cuya extensión es además de indeterminada también indeterminable, dado que no connotan propiedades o características objetivas sino que expresan más bien las actitudes y las valoraciones subjetivas de quien las pronuncia. Las proposiciones en las que aparecen no son por eso verificables ni refutables, al no tener ningún valor de verdad (o denotación) y al ser todo lo más argumentables con referencia a otros valores"<sup>1121</sup>

FERRAJOLI, a su vez, no señala soluciones, sino más bien modos en que el juez resuelve la imprecisión del lenguaje legal, al que llama "poder judicial de denotación"<sup>1122</sup> y que funciona como una "hetero-integración" de la lengua penal<sup>1123</sup>. Señala que se podría suplir los defectos semánticos de la norma "mediante adaptaciones apropiadas del lenguaje jurisdiccional". Así establece dos formas de esta adaptación designados como "poder de denotación jurídica o de interpretación de la ley" "al ejercido por el juez al denotar a un sujeto fáctico mediante un predicado legal apropiadamente redefinido por él con términos de extensión determinada; y poder de denotación fáctica o de interpretación de los hechos al ejercido por el juez al denotar con un predicado legal a un sujeto fáctico expresamente connotado por él con los términos de extensión indeterminada usados por la ley"<sup>1124</sup>. Sin embargo advierte que aún así se desvirtúa el modelo penal cognoscitivo o garantista del derecho penal<sup>1125</sup>.

En JIMÉNEZ DE ASÚA, es posible desprender aún una quinta situación de indeterminación legal, en adición a las ya señaladas por los autores anterior considerando aquellas en común por ambos (vagas, valorativas).

En efecto, establece el autor diferencias entre las posibilidades de analogía, distinguiendo que existen casos donde la analogía está contemplada por la misma ley, en aquellos casos en que las disposiciones legales contienen menciones reducidas a frases<sup>1126</sup>, que amplían los casos señalados por la ley y que obligan al juez a interpretar por analogía<sup>1127</sup>. Es la misma ley quien acepta su aplicación para completar sus preceptos<sup>1128</sup>.

Esta quinta alternativa no casa con todas las clases anteriormente señaladas, ya que no es específicamente la equivocidad del término, sino más bien su incompletitud lo que la determina.

Es así como JIMÉNEZ DE ASÚA, proporciona el criterio de la aceptación de éstos que son genéricos, y que la doctrina denomina también como "analogía legal"<sup>1129</sup>, pero

---

<sup>1121</sup> Ibid., p. 120.

<sup>1122</sup> Ibid., p. 128.

<sup>1123</sup> Ibid., p. 126.

<sup>1124</sup> Ibid., pp. 127-128.

<sup>1125</sup> Ibid., p. 128.

<sup>1126</sup> Es así como JIMÉNEZ DE ASÚA señala ejemplos del Código penal chileno, tales como los artículos 323 ("de cualquier manera"), 439 ("cualquier otro acto"), 440 N° 2 ("instrumentos semejantes"), 445 ("otra clase de muebles u objetos cerrados y sellados"), 468 ("otros instrumentos"), 480 ("cualquier otro engaño semejante", 485N° 1 ("de cualquier otra manera") (JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, p. 531). También aparecen en el Código penal español, como el 171.5 ("otros instrumentos peligrosos"), 180.5 y 242 ("otros medios igualmente peligrosos"), 211 ("otro medio de eficacia semejante"), 239 ("otros instrumentos análogos"), 250.1, 1 ("otros bienes de reconocida utilidad social"), 255 ("otro elemento, energía o fluido ajenos"), 262 ("cualquier otro artificio"), etc. Para el StGB, el §109 ("o de otra manera"), §177 (3) 1 y (4) 1 ("otro instrumento peligroso"), el § 224 I, 1 ("otros instrumentos peligrosos"), §§ 315 I N° 4 y 315 b I N° 3 ("una intervención similar, igualmente peligrosa"), etc. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, 2ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1950, p. 527 y ss.

<sup>1127</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1948, p. 140.

<sup>1128</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, p. 528.

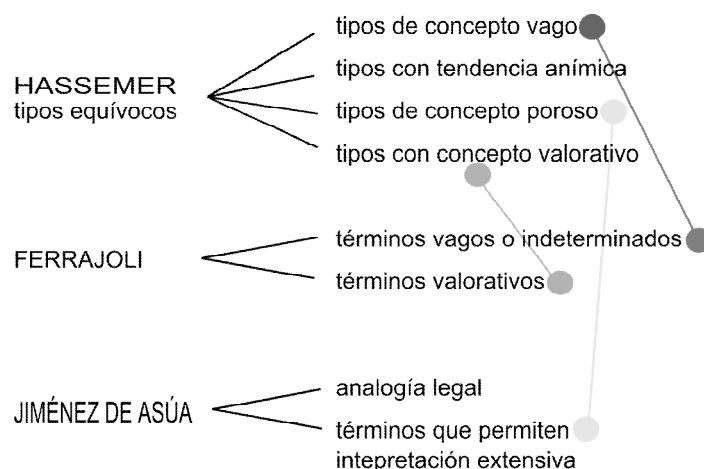
<sup>1129</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, "De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal (Arts. 1 al 9)", p. 23.

que para el derecho penal y en específico preferimos nominarlos como *tipos de cláusula analógica*, a los cuales le es atiniente la “interpretación analógica”<sup>1130</sup>. “Está en la voluntad de la ley –señala el autor- que ésta se aplique a situaciones análogas a las previstas; pero, precisamente por estar en el pensamiento de la ley la aplicación de sus preceptos, beneficiosos o perjudiciales, no se trata de propia y verdadera analógica, sino de interpretación analógica, que lejos de estar prohibida está aceptada por la ley misma”<sup>1131</sup>. Esta clase de interpretación, en el hoy y ante la vigencia del Código penal español de 1995, no estaría vedada por el artículo 4 del mismo cuerpo legal<sup>1132</sup>.

Por otro lado, reconoce ciertos términos, que caerían hoy en la clasificación de porosos de HASSEMER, cuestión que se vislumbra en el tratamiento que le proporciona a una clase de interpretación como lo es la que él llama “interpretación progresiva”<sup>1133</sup>.

“La interpretación progresiva –comenta el autor- habilita antiguos preceptos legales que la transformación social ha superado en sus evoluciones (...) para lograrlo, conviene que el intérprete tome en cuenta el objeto de que se trata y las modificaciones que haya podido experimentar con el transcurso del tiempo, aunque los nuevos aspectos estuvieran lejos de la razón originaria con que la ley fue promulgada, siempre que los nuevos motivos sean capaces de entrar en la fórmula general de la ley”<sup>1134</sup>.

Ahora bien, y haciéndonos cargo de lo anteriormente expresado por la doctrina, los siguientes conceptos resumen lo determinado por ella:



#### b. Sistematización de normas problemáticas y su relación a los fenómenos de inflación penal por la producción hermenéutica jurisprudencial

Como pudo comprobarse en el análisis de la doctrina sobre las normas problemáticas para la interpretación judicial, existen algunos puntos comunes en la

<sup>1130</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, pp. 527-528.

<sup>1131</sup> *Ibíd.*, p. 528.

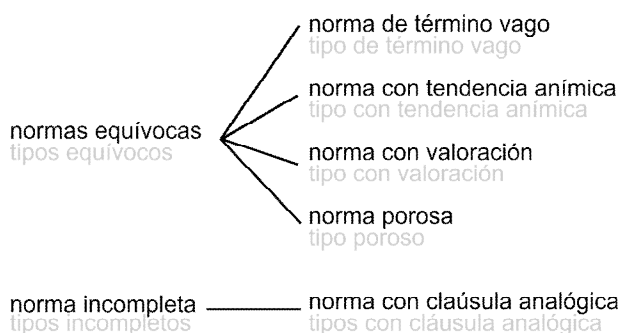
<sup>1132</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, "De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO (DIR.), *Código Penal Comentado*, Tomo II, BOSCH, Barcelona, 2004, p. 23.

<sup>1133</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUÍS, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, p. 474.

<sup>1134</sup> *Ibíd.*, p. 475.

sistematización de cada uno de los autores citados. Considerando todos ellos como base, es que expondremos ahora nuestra sistematización.

Lo que primero debemos establecer, es que si bien dentro de la legislación penal, el tipo penal es sustancial, no responde a ser la única relación normativa, por lo que, y en el entendido de considerar el concepto de norma aquí en su sentido genérico y amplio y no conforme a la utilización que diera BINDING, sistematizamos, considerando el tipo como especie en el género norma, de la siguiente forma:



La *norma porosa* tiene una contrapartida, que sería la *obsolescencia semántica*, esto es, cuando los conceptos dentro de la norma van perdiendo su actualidad por los cambios sociales, cuya mención general se había hecho más atrás, pero en relación más bien a la producción normativa.

Si dicha norma permitiera una interpretación en el sentido del concepto poroso – cierta declaratividad de la interpretación-, la *obsolescencia semántica* obviamente implica excluir una interpretación enclavada en la literalidad refugiándose para ello en la legalidad. Es dentro de este contexto en que existe una relación íntima entre dicha obsolescencia y la *interpretación progresiva*.

La interpretación progresiva ya la había señalado NOVOA, como vimos más atrás, la que para su procedencia establecía ciertos límites, tales como el tenor literal de la ley y la consideración sistémica del derecho de mutua afectación de las disposiciones legales<sup>1135</sup>.

Frente a la obsolescencia de los conceptos usados por la ley, si a través de la interpretación progresiva se incluye, ante una norma y/o tipo poroso un sentido que tienda a incluir el cambio social, y no signifique vulnerar de modo grueso el tenor literal, y que se encuentre además relacionado con la legislación estimada como sistema, entonces una interpretación judicial puede no ser inflacionaria, porque no hace más que compatibilizar la *desfase* de la legislación frente al cambio social, salvo cuando la elasticidad no lo permite, so riesgo de una ruptura de la misma. Bajo ese supuesto, los conflictos contra la legalidad quedarían minimizados al menos en un margen importante, sin existencia de una “inflación del tipo”<sup>1136</sup> para este caso específico.

Una norma con contenido valorativo, dependerá de la valoración en específico que contenga el concepto, sobre qué campo de objetos semánticos se refiere el tipo, y según

<sup>1135</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, El derecho como obstáculo al cambio social, pp. 207-209.

<sup>1136</sup> JAREÑO LEAL, ÁNGELES; DOVAL PAÍS, ANTONIO "Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero, sobre el delito del art. 197.2 CP)", QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMIN, *El nuevo derecho español: estudios penales en memoria del Dr. José Manuel Valle Muñi*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1475-1496, p. 1483.

el concepto tenga la elasticidad semántica a las valoraciones del tiempo al que pueda ser aplicado.

Tratándose de las *normas de término vago y de tendencia anímica*, por la naturaleza de éstos, no pueden ser relacionados de entrada al cambio social, lo que lo aleja de ser considerados como tolerables para la elasticidad de la ley.

Tratándose de *tipos con tendencia anímica*, una inflación penal podría determinarse con antelación, si según la semántica expresada en el tipo, éste haya de orientarse hacia las *cogitaciones* o con tendencia a las *cogitaciones*, lo que claramente lo vincularía a una inflación del tipo. Una interpretación judicial que ante tipos con tendencia anímica acerque la hermenéutica a las *cogitaciones*, tiene una alta probabilidad de convertir su interpretación penalmente como inflacionaria.

Para el caso de la *norma con cláusula analógica*, si la misma ley permite la analogía, en principio no existiría colisión con la legalidad. Pero de igual manera habría que tomar el mismo recaudo que señala NOVOA, esto es, una interpretación sistémica, más que solamente sistemática, para analogar situaciones específicas, y como señala el Tribunal Supremo en España para aquélla, “siempre que ésta sea razonablemente factible mediante la aplicación de criterios lógicos, técnicos o de experiencia”<sup>1137</sup>. Bajo estas previsiones, la interpretación judicial entonces podría dar elasticidad a la ley, al incluir casos que pueden equipararse a los señalados en la ley, los cuales tienen raíz en el cambio social, y bajo ese supuesto, podría reducirse al mínimo de los mínimos la posibilidad de una inflación penal por la vía de la interpretación judicial.

### 3. PROBLEMA DE LAS LAGUNAS EN EL DERECHO PENAL Y SU RELACIÓN CON LA INFLACIÓN PENAL

#### a. Las lagunas según el sistema explicativo de ALCHOURRÓN Y BULYGIN

Para tratar los temas anteriores, se hace necesario previamente enfocarse en el tema de las lagunas en el derecho y su relación con la inflación penal, cuestión de suma importancia en la interpretación hermenéutica, porque solo así podríamos entender en qué medida una producción hermenéutica es inflacionaria.

Para ello se hace necesario abordarlas desde la Filosofía del Derecho, como primer paso, y en específico tendremos como base el sistema explicativo de los autores ALCHOURRÓN y BULYGIN.

Para comenzar, los autores apuntan fundamentalmente al análisis lógico del sistema o sistemas normativos (=conjunto de normas<sup>1138</sup>). Siendo así, distinguen como características de un sistema normativo, a la completitud, la coherencia y la independencia; donde el primero se refiere, dicho muy genéricamente, al problema de las lagunas; el segundo, al problema de lo que BOBBIO denomina antinomias; el tercero, al problema de las redundancias en derecho<sup>1139</sup>.

A la primera característica es a la que se centran fundamentalmente en su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, estableciendo ya de entrada, que un sistema normativo se encuentra completo, cuando no hay ningún caso al

<sup>1137</sup> SSTS 889/2001, de 8-06-01; 997/2001, 1-06-01.

<sup>1138</sup> *Ibid.*, p. 38.

<sup>1139</sup> ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 24-25.



cual no esté correlacionada alguna solución<sup>1140</sup>. En el caso contrario, será incompleto, y ello implica la existencia de lagunas.

El sistema explicativo considera nítidamente cuatro tipos de lagunas, y un quinto más difuso. Las primeras cuatro se refieren a las “lagunas normativas”, “lagunas de conocimiento”, “lagunas de reconocimiento” y “lagunas axiológicas”. La quinta la describen como una clase de laguna axiológica y que indican como “laguna secundaria o derivada”.

La “laguna normativa” habría de ser aquella en la cual el sistema no es completo, esto es, cuando el caso no está correlacionado a una solución, por lo que hay ausencia de solución<sup>1141</sup>. Por ello y cuando más atrás hablamos que un sistema incompleto significaría existencia de lagunas, la referencia habría de ser índice de las lagunas normativas.

Las “lagunas de conocimiento” vendrían a ser “los casos individuales, los cuales, por falta de conocimiento de las propiedades del hecho, no se sabe si pertenecen o no a una clase determinada de casos (caso genérico)”<sup>1142</sup>.

Por su parte las “lagunas de reconocimiento” son “los casos individuales en los cuales, por falta de determinación semántica de los conceptos que caracterizan a un caso genérico, no se sabe si el caso individual pertenece o no al caso genérico en cuestión”<sup>1143</sup>.

En primer lugar, existe una diferencia entre la laguna normativa, y las lagunas de conocimiento y reconocimiento, ello porque en estas últimas hay una relación con la empiria, con el caso individual, en cambio en la laguna normativa es una relación con el sistema normativo mismo. Por ello que los autores señalan que en la laguna normativa el problema es de índole conceptual-lógico, en cambio en los otros casos (conocimiento/reconocimiento), el problema aparece con la aplicación a los casos individuales teniendo como origen problemas empíricos, como común denominador en los últimos.

Ahora, la diferencia entre las lagunas de conocimiento y reconocimiento, es que en la primera, el problema se presenta con el conocimiento que el juzgador tiene de los hechos, en el sentido que no los conoce todos cómo ocurrieron, teniendo “vacíos” de información. En cambio, en la “laguna de reconocimiento”, el problema ocurre por la vaguedad de los conceptos jurídicos, esto es, y como los propios autores apuntan, a los “problemas de penumbra” que menciona HART<sup>1144</sup>. Por ello que señalan que mientras en las “lagunas de conocimiento” se trata de un problema meramente empírico, en las “lagunas de reconocimiento” el problema es empírico-conceptual/semántico<sup>1145</sup>. Para las “lagunas de conocimiento” el problema estaría solucionado por el sistema, por la admisión de las presunciones legales, en cambio en el segundo caso (reconocimiento) solo puede ser mitigado el problema, pero no eliminado, y la mitigación consistiría en la introducción de términos técnicos, pero aun con ello nunca desaparecería del todo<sup>1146</sup>.

Para definir a las “lagunas axiológicas”, se requiere una explicación previa.

Para los autores, la relevancia de un caso normativo o “genérico” como le llaman (para distinguirlo de un caso individual o específico), está determinada por ciertas “propiedades” de dicho caso, por ejemplo, en el caso de un tercero adquirente que esté obligado a la restitución son relevantes –y por ende, propiedades relevantes-, la buena fe

---

<sup>1140</sup> Ibid., pp. 41-42.

<sup>1141</sup> Ibid., pp. 42-44.

<sup>1142</sup> Ibid., p. 63.

<sup>1143</sup> Ídem.

<sup>1144</sup> Ibid., p. 64.

<sup>1145</sup> Ibid., p. 63.

<sup>1146</sup> Ibid., p. 62.

del adquirente, del enajenante y un título oneroso. El color de piel, es irrelevante, aunque contingente (en nuestro derecho irrelevante, pero en uno de segregación racial a los negros, relevante). Ésta es una relevancia en un sentido *descriptivo*<sup>1147</sup>. La proposición que identifica tales propiedades (relevantes), los autores denominan “tesis de relevancia”<sup>1148</sup> (tesis de relevancia=descripción legal de las propiedades relevantes).

Por el contrario, una relevancia en un *sentido prescriptivo*, es algo que *debiera ser* considerado en un caso genérico. La proposición que identifica tales propiedades (relevantes), la denominan “hipótesis de relevancia”<sup>1149</sup> (hipótesis de relevancia=prescripción hermenéutica de las propiedades relevantes, generalmente de la hermenéutica judicial).

Ahora bien, las lagunas axiológicas

“suponen, pues, la existencia de una propiedad relevante (en el sentido prescriptivo del término) para el caso en cuestión que, sin embargo, es irrelevante (en el sentido descriptivo) para el sistema considerado (...) el legislador no ha tenido en cuenta la propiedad en cuestión por no haberla previsto, y que de haberla considerado, hubiera dado una solución diferente; en vez de solucionar el caso en forma genérica, le hubiera dado una solución específica...”<sup>1150</sup>.

Con ello definen laguna axiológica como:

“Un caso  $C_i$  de un  $UC_j$  es una *laguna axiológica* del sistema normativo  $a$  en relación a un  $UA_k = Df.$  el caso  $C_i$  está solucionado por  $a$  y existe una propiedad  $p$  tal, que  $p$  debe ser relevante para  $C_i$  (de acuerdo a una determinada hipótesis de relevancia) y  $p$  es irrelevante para  $a$  en relación al  $UA_k$ ”<sup>1151</sup>.

Esto significa para los autores varias cosas y para que exista una laguna axiológica:

- El caso debe tener una solución, es decir, no puede haber lagunas normativas. Así y ambas (axiológicas/normativas), son mutuamente excluyentes.
- Dicha solución se estima como insatisfactoria.
- Se exige una propiedad relevante de acuerdo a un criterio axiológico (hipótesis de relevancia).
- Debe existir discrepancias entre la tesis de relevancia y la hipótesis de relevancia, de tal modo que la segunda sea más amplia que la primera.

Como ejemplo de *laguna axiológica* (aunque de modo indirecto por ser más bien ejemplo dado por Engisch como así ha sido expuesto por los autores), se brinda por ALCHOURRÓN y BULYGIN lo resuelto por el Tribunal del Reich en fallo del 11/3/1927 en relación al §218 del StGB vigente a la época, en virtud del cual se absolvió a un médico en primera instancia condenado por aborto, que para evitar el suicidio de una mujer por causa de un embarazo lo interrumpió, aplicando el Tribunal el estado de necesidad del §54. Si bien normativamente incorrecta la solución para los autores<sup>1152</sup>, el Tribunal

---

<sup>1147</sup> Ibid., pp. 33-34.

<sup>1148</sup> Ibid., p. 154.

<sup>1149</sup> Ídem.

<sup>1150</sup> Ibid., p. 158.

<sup>1151</sup> Ídem. UC: Universo de Casos; UA: Universo de Acciones;  $C_i$ : el caso individualmente considerado.

<sup>1152</sup> “Este artículo habla del peligro inminente para el autor del hecho o un pariente del mismo y, por lo tanto, era a todas luces inaplicable, ya que el médico que practicó el aborto no estaba en peligro, ni era pariente de la mujer” (Ibid., p. 63).

realizaría una interpretación extensiva, por consideración a la existencia de una laguna axiológica, puesto que, y en primer lugar, existiría un conflicto valorativo, cuestión que vendría a traducirse en una discrepancia entre la hipótesis de relevancia sostenida por el Tribunal y la tesis de relevancia del StGB, y en segundo lugar, la hipótesis de relevancia es más amplia que la tesis de relevancia, ya que contempla el caso por el que falló absolviendo.

Aparte de esto, igualmente hacen mención de la distinción de la doctrina alemana entre lagunas primarias y secundarias o derivadas, que serían aquellas que existen desde la creación de un orden normativo, para las primarias; y que aparecen con posterioridad, para las secundarias o derivadas. En este último caso éstas aparecen, por que se ha modificado la situación fáctica considerada en su inicio, sea “mediante el progreso técnico (...) o a causa de un cambio de las valoraciones”<sup>1153</sup>. Pero esta distinción solo la realizan para señalar que las llamadas lagunas primarias responderían al concepto de lagunas normativas, dado a la falta de equivalencia entre UC (Universo de Casos) y US (Universo de Soluciones); en cambio, las secundarias, van en la dirección de ser o lagunas axiológicas o de reconocimiento.

Para ejemplificar esto, señalan un caso propuesto por Zitelman, sobre la creación del teléfono con posterioridad al caso normativo en que se distinguía entre contratos entre ausentes y presentes, donde un contrato era realizado telefónicamente ¿era entre presentes o ausentes?

“Lo que ha sucedido –comentan los autores- es que la invención del teléfono ha producido una “necesidad” de modificar el derecho, tomando en cuenta una circunstancia que no había sido y hasta aquel momento no pudo haber sido tomada en cuenta por el derecho: se trata, pues, de un conflicto entre la hipótesis de relevancia y la tesis de relevancia del Código de Comercio alemán vigente a la sazón (...) No cabe duda de que una nueva propiedad puede llegar a existir como resultado de avances tecnológicos. Pero su presencia sólo puede crear un problema cuando esa propiedad sea valorada como (prescriptivamente) relevante. Lo cual muestra que las llamadas lagunas derivadas son, en realidad, lagunas axiológicas. Tales lagunas no surgen como se pretende de dos modos diferentes, sino de un solo modo: a través de los cambios en las valoraciones. Los cambios fácticos sólo pueden dar lugar a lagunas axiológicas cuando van acompañados de nuevas valoraciones”<sup>1154</sup>.

## **b. Lagunas jurídicas e inflación penal**

Siguiendo a ALCHOURRÓN y BULYGIN, para el derecho penal no habrían lagunas normativas, puesto que el *nullum crimen sine lege* funciona como una “regla de clausura”, donde “todo lo que no está penalmente prohibido, está penalmente permitido”<sup>1155</sup>.

“...en los juicios penales – comenta BULYGIN- el juez tiene el deber de absolver al acusado si comprueba que éste no infringió ninguna norma penal, puesto que la norma de clausura permite todas las conductas no prohibidas por las normas penales mientras que el derecho no penal (civil, comercial, etc.) no existe habitualmente tal norma de clausura. Dicho en otras palabras, en el derecho penal

---

<sup>1153</sup> Ibid., pp. 165-166.

<sup>1154</sup> Ibid., pp. 166-167.

<sup>1155</sup> ALCHOURRÓN, CARLOS; BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, p. 198.

no hay lagunas normativas, mientras que en el derecho civil puede haberlas”<sup>1156</sup>.

Por consecuencia, cualquier otra laguna que no sea normativa, podría tener lugar en el derecho penal. Éste entonces sería el primer presupuesto jurídico.

El segundo presupuesto es el tema de la necesidad por sobre estrictamente la valoración a la que aluden los autores.

En efecto, podríamos compartir en lo grueso la opinión con los autores, sobre el cambio en las valoraciones como el único modo del surgimiento de lagunas axiológicas<sup>1157</sup>, Sin embargo, la “necesidad” –como lo han expresado ellos- de modificar el “derecho” (tomamos este término en su sentido amplio) no surge, según y como lo hemos expresado, por un cambio de valoración sino justamente por el surgimiento de una necesidad. Y para el derecho penal no es diferente, como hemos podido apreciar.

El punto de partida, según nosotros, no es la valoración, sino la necesidad. La valoración (si entendemos este concepto como valoración jurídica y jurídico-penal y/o criminológica), tiene que ver con la conciencia, y la conciencia puede llegar tarde, en cambio no la necesidad. La “necesidad” de modificar el derecho surge con la aparición de la necesidad (social).

Un tercer presupuesto es el entender que los cambios fácticos no se identifican con cambios tecnológicos, sino en la medida que el primero es el género y el segundo la especie. Así, y ya dentro de nuestro *argot*, cambios sociales es género de la especie que son los cambios tecnológicos.

Así pues y teniendo esto en consideración, hemos de revisar el tema de las lagunas en relación al tema de la inflación penal.

Según lo ya visto, las *lagunas de reconocimiento* apuntan a un problema semántico, esto es, saber si los casos individuales pertenecen o no al ámbito de un caso genérico determinado<sup>1158</sup>. ¿Como juegan para este caso las *lagunas de reconocimiento*? El no saber “si el caso individual pertenece o no al caso genérico” -como señalan ALCHOURRÓN y BULYGIN- por una cuestión semántica, ha de significar entonces grados de equivocidad en la gramática legal, lo que a su vez nos lleva a considerar obviamente la expresión normativa penal general, y sobre todo, la equivocidad en la norma, por lo cual, de algún modo las lagunas de reconocimiento se encuentran relacionadas con las normas problemáticas vistas atrás.

Por su parte, las *lagunas secundarias o derivadas*, que si bien son marginales en el sistema de ALCHOURRÓN y BULYGIN, tienen una importancia aquí, y es fundamentalmente el hecho que se relacionan con términos normativos indicadores de cambios sociales y/o tecnológicos, por lo cual vendría a ser compatible con los casos de *norma porosa*, aunque igualmente puede intersectar conceptualmente una *laguna de reconocimiento*. Esto es, que las *normas porosas* indican la existencia de una *laguna derivada*, o bien, una pero en concomitancia con otra de *reconocimiento*.

---

<sup>1156</sup> BULYGIN, EUGENIO, “En defensa de el Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2005, pp. 73-86, p. 78.

<sup>1157</sup> Recordemos el *campo de interacciones del cambio jurídico-social*; los cambios sociales pueden producir cambio en las valoraciones, y con ello la necesidad de modificar el derecho (como en el caso del teléfono), lo cual no es más que la interacción en la *dirección ascendente de la estructura*, esto es, el reflejo que produce la modificación de la infraestructura de modo directo (teléfono/cambio en el derecho), o bien por repercusión y en la *dirección horizontal de la estructura* (valoración axiológico ético/valoración jurídica). Pero igualmente un cambio en la superestructura puede tener un correlato interactivo en la infraestructura, como que un cambio de la legislación puede modificar ciertas relaciones de producción sin anteceder un cambio en la infraestructura. En este caso la valoración surge, para luego producirse el cambio fáctico.

<sup>1158</sup> RODRÍGUEZ, JORGE, “La imagen actual de las lagunas en el derecho”, *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2005, pp. 127-158.

Junto a ello, encontramos que también las *lagunas de reconocimiento* se hace posible vincularla a las *norma con cláusula analógica*, puesto que de algún modo, el mismo sistema normativo-penal está “reconociendo” una laguna, pero por otro lado, está estableciendo la solución legal para colmar dicha laguna, que para el caso, es justamente el sentido de la cláusula analógica. Cuando las cláusulas expresan su analogía para términos porosos y con ello más bien a una *laguna derivada*, como el uso en los tipos penales de elementos teóricos o cognoscitivos, o bien de menor detalle técnico pero igualmente descriptivos de orden tecnológico, la interpretación judicial lo que está haciendo es darle elasticidad a la ley la cual justamente para dar elasticidad es que contempla la cláusula analógica, por lo que no debería estimarse inflacionaria una interpretación que extendiera por interpretación progresiva, a otras situaciones en que se incorporen objetos análogos a los elementos descritos bajo dicha cláusula en el tipo penal.

Ahora bien y además, ciertos casos individuales plantean excepciones a casos generales que la norma establece, y que se pueden vincular a las *lagunas axiológicas*. Uno de estos casos son los que plantean causas supraleales (en los que cierto sector de la doctrina alemana ha visto como necesario<sup>1159</sup>), sobre todo en lo que concierne a la antijuricidad material.

BRÍCOLA reconocía este fenómeno, y lo relaciona con las lagunas jurídicas:

“La elaboración de una antijuricidad material, en contraposición a aquella formal, y de una culpabilidad en sentido material, en contraposición a aquella formal, ha servido “para ir ‘descubriendo’ nuevas causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad –más allá de las codificadas- con la finalidad declarada de colmar supuestas o reales ‘lagunas’ (que responde a la presión de las dramáticas y siempre originales exigencias de la praxis) evidenciadas precisamente en el interior de una legislación ‘nacida vieja’ (como la alemana)”<sup>1160</sup> [el resaltado es nuestro].

En España, en doctrina y en la jurisprudencia se reconoce la antijuricidad material, en equivalencia a la lesividad<sup>1161</sup> o, en su defecto, como “fundamento de la reducción

---

<sup>1159</sup> JAKOBS analizando a FRANK, da cuenta del problema: “...puede ocurrir que las causas de justificación previstas por el legislador sean demasiado estrechas, de modo que sea preciso aceptar causas «supraleales», por ejemplo, la de «necesidad justificante». Von Frank rechaza esta clase de correcciones por parte de la sociedad o, más precisamente, por parte del intérprete (así, por ejemplo, concibe el estado de necesidad justificante -que ya no es posible eliminar por vía interpretativa- como un caso de «colisión de deberes» al interior del ordenamiento jurídico): «... en cuanto el juez está sometido a la ley, no puede salirse de ella». Radbruch intentó enaltecer el positivismo resultante mediante el elemento de la seguridad jurídica; a von Frank, en cambio, le guiaba posiblemente la confianza, extendida en la sociedad, en que entre ésta y el Derecho no se van a producir *disonancias* importantes. Ello explicaría que no hagan falta esfuerzos metadogmáticos por parte de los intérpretes de las leyes penales” (JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho penal como disciplina científica*, [trad. ALEX VAN WEEZEL], Thomson Civitas, Navarra, 2008, pp. 18-19).

<sup>1160</sup> BRICOLA, FRANCO, *Teoría General del Delito*, [trad. Diana Restrepo Rodríguez], Editorial BdeF, Buenos Aires, p. 8.

<sup>1161</sup> Para acusar por el delito establecido en el art. 293, a la conducta realizada por el sujeto le falta un “plus de antijuricidad material” para poder diferenciarlo de la legislación mercantil que persigue por esa vía las infracciones a su ley (STS 1953/2002, 26-11-2013). En similar sentido para la falsificación instrumento público, STS 1565/98, 11-9; En la prevaricación como exigencia de la antijuricidad material en la resolución (STS 1147/99, 9-7; 76/02, 25/1; 1658/03, 4-12); La cantidad mínima de droga en algunos casos, ha llevado a plantear el no ser constitutivo de delito por faltar la antijuricidad material (STS 1281/2003, 5-11; 577/2002, 15-3; 520/2002, 21-3; 1370/2001, 1889/2000, 1716/2002, 977/2003, 1067/2003); como fundamento de la agravación de la figura del art. 211 del Código Penal español (CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, “De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal (Arts. 1 al 9)”, en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO (DIR.), *Código Penal Comentado*, Tomo I, BOSCH, Barcelona, 2004, pp. 11-36, p. 642); Como lesión efectiva al patrimonio ajeno en el delito de estafa (COBO DEL ROSAL, MANUEL, *Comentarios al Código penal*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 2004, p. 237).

teleológica del tipo penal”, o como modo de excluir la pena<sup>1162</sup>, incluso la posibilidad de preeminencia por sobre la antijuricidad formal<sup>1163</sup>, lo que podría dar lugar a justificar la intervención penal solo en casos de antijuricidad material<sup>1164</sup>. Pero para el caso de la aceptación de causas de justificación supralegal en relación a la antijuricidad material, la doctrina se encuentra dividida y entre quienes rechazan la idea, todos lo hacen por el expediente de la legalidad, de modo más específico, por resistir la *analogía bonam partem*<sup>1165</sup>.

La doctrina chilena, y en específico POLITOFF, plantea un caso de antijuricidad material extraído de la jurisprudencia de los países bajos. Tal caso es de aquellos, y según los dichos de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, cuando el juez se “abstiene de castigar el hecho tipificado” al carecer de antijuricidad material por representar un caso de “tipicidad innecesaria (...) atendiendo el contenido de antijuricidad –mal causado–”<sup>1166</sup>. Este es el caso del “fallo del veterinario” según sentencia del Tribunal Supremo de los países bajos, donde se reconoce una causal de justificación supralegal.

“El caso citado –describe POLITOFF– concierne a un veterinario facultado para vacunar ganado contra la fiebre aftosa, que optó por poner en contacto vacas que no daban leche con ganado infectado. Con ello se obtendría el mismo resultado que con la vacuna, ya que los animales se enfermarían ligeramente en el período en que no son ordeñadas. La ley sobre ganadería prohibía, sin embargo, el hecho de colocar intencionalmente en contacto ganado sano con animales infectados con la fiebre aftosa. El tipo legal existía y ninguna causa de justificación formalmente prevista en la ley holandesa podía ser aplicada, pese a lo cual el alto tribunal juzgó que el hecho *carecía de antijuricidad*, es decir que, aunque la conducta podía sub-sumirse en la descripción legal, faltaba la materialidad del daño o

---

<sup>1162</sup> JAÉN VALLEJO, MANUEL, *Derecho penal aplicado*, Editorial Colex, 2003, Madrid, p. 266.

<sup>1163</sup> Para entender una especie amenazada, no basta su inclusión en el catálogo que prescribe la Ley de Conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre según su interés especial (art. 29, Ley 4/1989), ya que una excluida de aquel puede ser considerada no obstante no estar en el catálogo, o bien no considerar una especie del catálogo, pese a su antijuricidad formal, sino que se prefiere la antijuricidad material por sobre aquella (STS 1953/2002, 26-11-2013). Opinión en doctrina contraria SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, II, Segunda Edición, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006, p. 1964.

<sup>1164</sup> En el entendido de identificar el bien jurídico con la antijuricidad material, “...una antijuricidad material, justifica la intervención penal”, a *contrario sensu*, sin ella, la intervención no se justifica (CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL, *Delitos contra el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid, 2008, p. 142); DE VICENTE MARTÍNEZ, en los delitos de peligro abstracto señala que en doctrina se requiere que al menos se vea comprometida la antijuricidad material, y no solo la formal (DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 622. “La concurrencia de este resultado de peligro concreto [en el delito de conducción temeraria] es especialmente relevante (...) porque dota al delito de conducción temeraria de un contenido de antijuricidad material que legitima en mayor medida la intervención del Derecho penal en este ámbito del ordenamiento jurídico” (HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS, “El delito de conducción temeraria”, MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (dir.), *Seguridad Vial y derecho penal*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2008, p. 130).

<sup>1165</sup> Se acoge, a modo de analogía o como principio general, LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL; MIR PUIG, SANTIAGO, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, 1995, pp. 21-43, pp. 32-33; Como efecto de una causal de justificación incompleta (por ende, solo aminorando el injusto) en bienes jurídicos no enteramente disponible, SEGURA GARCÍA, MARÍA JOSÉ, “El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos”, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL (coord.), *Dogmática y ley penal. Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 838; Se opone en razón de de la *analogía in bonam partem*, CEREZO MIR, JOSÉ, “Consideración generales sobre las causas de justificación”, VOGLER, THEO (Herausgeber), *Festschrift für Hans-Hienrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985; Se rechaza sin expresar más razones que la legalidad, DÍAZ-ARANDA, ENRIQUE, *Teoría del delito (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos)*, Straf, México, 2006, p. 205.

<sup>1166</sup> CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, “De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal (Arts. 1 al 9)”, p. 24.

peligro que servía de fundamento a la prohibición”<sup>1167</sup>.

En primer lugar, existe aquí un caso de reconocimiento de una incompletitud axiológica. No se puede hablar de incompletitud normativa, porque el caso ya tenía una solución normativa, puesto que era posible derivarlo del Universo de Casos presentado en la generalidad descrito en el tipo penal. La hipótesis de relevancia discrepaba con la tesis de relevancia porque era más amplia que la última, al considerar un caso axiológicamente no considerado por la tesis de relevancia. Por lo que, y en el mismo sentido que reconoce BRICOLA, existiría una *laguna*, pero de tipo *axiológica*.

En segundo lugar, hay creación de derecho por el Juez. Este es un caso individual de excepción y totalmente alejado del caso genérico, por lo que el juez al aceptar esta excepción no hace sino crear una norma de excepción<sup>1168</sup>, al no existir disposición legal alguna, para desde allí hacer la aplicación al caso individual<sup>1169</sup>. Y este caso en el que el juez crea derecho, no tendría correspondencia con el principio de legalidad, es más, podría incluso ser *contra legem* si se piensa en la norma prohibitiva tras el tipo penal.

En tercer lugar, para crear derecho tiene como base propiedades fácticas no regulares en las relaciones sociales, sino emergentes, lo que implicaría que se reconoce una situación jurídica ni existente ni prevista en la ley y que se encuentra en las relaciones sociales de forma directa. Dicho de otro modo, existe una fuente informal de la que se deriva una consecuencia jurídica no regulada por la ley, y que es sancionada ‘formalmente’ por el juez.

Este sería un caso en que el juez evita inflacionar el derecho penal para el caso individual, ya que si existe ausencia de peligro o lesión al bien jurídico en la acción formalmente antijurídica, castigar al veterinario solo satisface la formalidad jurídica pero sin correlato con el bien jurídico material.

Este caso no está dirigido a la inclusión de conductas no consideradas dentro del tipo, que es donde especialmente se resuelve en el derecho penal los avatares del principio de legalidad, sino para considerar causales de justificación supraleales, pero teniendo por fundamento el que la relación social subsumible en el tipo penal no responde a un nivel de afección a un bien jurídico material.

De inclinarse la producción hermenéutica judicial por la antijuricidad formal en este caso individual, se estaría fundando en una producción normativa por sobre la producción de bienes jurídicos materiales en la especie, los cuales no han acrecido al no ser afectados, con lo que la interpretación habría de ser inflacionaria. Al acoger una causal de justificación supraleal, la producción hermenéutica encuentra fundamento en el nivel de producción de bienes jurídicos la cual no crece en relación a la producción normativa, evitando que el derecho penal inflacione. Por lo que en el caso individual, el colmar la

---

<sup>1167</sup> POLITOFF, SERGIO, *Derecho penal*, Tomo I, Editorial ConoSur, Santiago de Chile, 1997, p. 328. En similar sentido, POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte General, nota al pie N°116, p. 210.

<sup>1168</sup> “...el juez que introduce una excepción en una norma, actúa como legislador, es decir, modifica el derecho” (BULYGIN, EUGENIO, “En defensa de el Dorado. Respuesta a Fernando Atria”, p. 74).

<sup>1169</sup> “La discrecionalidad proviene del hecho de que el juez tiene que resolver el caso individual sometido a él y para ello tiene que dictar una norma individual (y no mera proposición normativa), ya sea una norma que ordena al demandado a hacer lo que el actor pretende (si resuelve hacer lugar a la demanda), ya sea una norma que permite no hacerlo (si decide rechazarla). Para justificar esta norma individual el juez necesita una norma general que correlacione el caso genérico al que pertenece el caso individual con una determinada solución y como, hipótesis, el caso genérico es una laguna normativa y por ende no existe tal norma general, se sigue que el juez tiene que crear esa norma general. Si no lo hiciera, su decisión sería arbitraria. De donde se infiere que el carácter institucional del derecho (que nadie niega) no incide en absoluto, ni en la caracterización de la actividad judicial como solución de conflictos, ni en la tesis de la discrecionalidad judicial” (Ibíd., p. 79).

*laguna axiológica* importa reducir los contenidos penales de la norma.

## V. EL CONCEPTO VIOLENCIA EN LA CIENCIA PENAL Y SU RELACIÓN CON LA INFLACIÓN PENAL

### 1. LA RELACIÓN CONCEPTUAL ENTRE 'FUERZA' Y 'VIOLENCIA' EN LA CIENCIA PENAL

Normalmente en la historia del pensamiento se han establecido diferenciaciones entre la fuerza y la violencia<sup>1170</sup>. No se entienden como conceptos identificables, y la relación entre ellos es que la última vendría siendo el exceso de la primera<sup>1171</sup>, y entendiendo el exceso como injusto<sup>1172</sup>.

<sup>1170</sup> En la Grecia clásica, ESQUILO presentaba en la tragedia "Prometeo encadenado" a los personajes "Poder" y "Fuerza" juntos, quienes aparecían así juntos y desaparecían de la escena igualmente juntos, y mientras "Poder" hablaba impartiendo órdenes a Hefesto, ESQUILO concibió a "Fuerza" como un personaje siempre mudo, pero anuente, con su silencio, de las órdenes dadas a Hefesto por "Poder". Significativo, si la literatura es reflejo cultural de las ideas sociales y políticas que se encuentran imbricadas. Significativo, el disponer a la fuerza como compañero inescindible del poder, y como un compañero mudo de un poder siempre hablante. La fuerza así, es la expresión muda del poder. Donde exista la fuerza, el poder siempre estará presente. Pero mientras el poder se exprese y sea oído y obedecido, la fuerza permanece silenciosa, como ante el cumplimiento de las órdenes por Hefesto. La pena a Prometeo es vista, en cuanto justa, uso de la fuerza dispuesta por el poder. El poder habla a Hefesto, no a Prometeo, respecto del cual el poder ya ha hablado. Para Prometeo queda el ser sometido a fuerza por medio del castigo, y ajeno en todo a la violencia. Es así como éste señala: "creía su carácter / violento que sin fatigas y a la fuerza / iban a hacerse dueños del poder (...) el triunfo no podía lograrse por las malas / ni con violencia" (ESQUILO, *Tragedias*, p. 281 y p. 282). Con lo cual se ponen en un mismo contexto a la violencia, la fuerza y el poder, para significar que la fuerza para hacerse del poder de forma ilegítima, es finalmente violencia. Lo mismo ESQUILO en "Las Euménides", donde la "profetisa" declara: "Temis, que, según cuentan, fue la segunda / que regentó el oráculo materno, tras la cual, / con su aquiescencia y sin violencia para nadie, / Febe, titánide hija de la Tierra, se sentó / aquí y el puesto a Febo, que su nombre llevaba, / con don natalicio dejó..." (Ibíd., p. 233). Esto significa que el poder legítimo no hace uso de violencia, no siendo ninguno de los dos sinónimos o equivalentes, a diferencia del caso del poder y la fuerza. En "Antígona", de SÓFOCLES, tanto Ismene como Antígona consideran la potestad del rey Creonte como ilegítima, y a la orden pública que emite aquel la consideran "violencia", en cuanto Creonte sería considerado por ellas como tirano ("trasgredimos el decreto del tirano"; "los tiranos, entre otras muchas ventajas, tienen la de hacer y decir cuanto quieren" (SÓFOCLES, *Tragedias*, p. 9, p. 21), y sus decretos contrarios a la ley "no escritas y eternas", a las cuales sí obedecen (Ibíd., p. 20). De ahí que SÓFOCLES ponga en labios de Ismene: "Me someto contra mi voluntad a la violencia, obedeceré a los poderes establecidos" (Ibíd., p. 9).

; "La expropiación –señala el pensador alemán– de la gran masa del pueblo despojada de la tierra, los medios de subsistencia y los instrumentos de trabajo, esa expropiación terrible y difícil de la masa del pueblo constituye la prehistoria del capital. Comprende una serie de *métodos violentos*, de los cuales hemos pasado revista solo a aquellos que hicieron época por ser *métodos de la acumulación originaria del capital*. La *expropiación de los productores directos se efectúa con un vandalismo despiadado* y bajo el *impulso de las pasiones infames, sucias y odiosamente mezquinas*. La propiedad privada –resultado del trabajo propio– basada, por así decirlo, en la fusión del individuo laborante independiente, aislado, y sus condiciones de trabajo, es *desplazada* por la propiedad privada capitalista, fundada en la *explotación del trabajo ajeno*, aunque formalmente libre" [énfasis nuestro, y suplido el del autor]. (MARX, CARLOS, *El Capital*, Tomo I, Libro I, p. 754). En el mismo sentido cuando MARX/ENGELS afirman: "en lugar de la explotación velada por ilusiones religiosas y políticas, ha establecido una exportación abierta, descarada, directa y brutal"; "Las relaciones burguesas resultan demasiado estrechas para contener las riquezas creadas en su seno (...) ¿De qué modo lo hace pues? Preparando crisis más extensas y más violentas y disminuyendo los medios de prevenirlas" (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, *Manifiesto Comunista*, [trad. S/T], Centro Gráfico, Santiago de Chile, 2005, p. 33 y p. 37).

<sup>1171</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, [trad. PEDRO SIMÓN ABRIL], Vol. I, Folio, Navarra, 1999, p. 171.

<sup>1172</sup> Esta potencia o este poder, se encuentra muy ligado a la idea "tener", de "tener el poder" (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, p. 174), de tener para poder. Es más bien el ejercicio de autoridad en la relación mando-obediencia, que es una posición del sujeto en la sociedad, que puede tanto ser detentada, como abandonada



WEBER hace una descripción de la sociedad burguesa, y en dicha descripción, hace una observación sobre las relaciones entre fuerza y violencia.

“Justo en la actualidad hay una relación íntima y peculiar entre el Estado y la violencia. El empleo de la violencia como un recurso del todo normal lo encontramos en el pasado, en los grupos más diversos, comenzando por el grupo familiar. En la actualidad, en cambio, definiremos el Estado como la comunidad humana que en el ámbito de determinado territorio (aquí “el territorio” es el elemento diferencial) requiere exitosamente como propio el monopolio de la violencia física legítima. Lo peculiar de la época actual es que a las demás agrupaciones o a los individuos aislados sólo se les da el derecho a la violencia física en tanto el Estado lo consiente. El Estado se presenta como la única fuente del “derecho” a la violencia (...) una relación de dominio de unos hombres sobre otros hombres, relación mantenida por la *violencia legítima* (o considerada como tal). Necesita, pues, para sostenerse, que los dominados se sometan a la autoridad que reclaman como propia los dominantes del momento”<sup>1173</sup> [el resaltado es nuestro].

Es por ese expediente, es decir, por la detentación de aquella por el Estado, se vuelve entonces legítima. “El Estado –expresa WEBER-, como todas las asociaciones políticas que históricamente lo han precedido, es una relación de dominación de hombres sobre hombres, que se sostiene por medio de la violencia legítima (es decir, de la que es vista como tal)”<sup>1174</sup>.

Encontramos, como puede notarse, dos ideas contrapuestas: una, la que distingue la fuerza de la violencia, conceptuando esta última como exceso de la primera; dos, la idea burguesa (que describe WEBER), esto es, la no distinción dentro del aparato político.

En BECCARIA es posible reconocer dos tramas en torno al concepto violencia para la penalidad. Uno, es la relación entre el concepto tiranía y violencia; otro, la relación entre el derecho y la violencia.

BECCARIA expresa, como un “teorema general” –aunque axiológico-, lo que sigue: “Para que toda pena no sea *violencia* de uno o de muchos contra un particular ciudadano debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, dictada por la ley”<sup>1175</sup> [el resaltado es nuestro].

El concepto ‘violencia’ se vuelve en la expresión, un eje interpretativo, cuestión que es posible analizar estructurando enunciados del texto presentado. En efecto, el

---

(ARISTÓTELES, *La Política*, [trad. NICOLÁS ESTÉVANEZ], Casa Editorial Garnier Hermanos, París, 1932, p. 31). Pero en esa posición puede causar agravio, como una *violencia* que es propia, ya que el hacer agravio siempre es una facultad de la voluntad, pero procediendo éste solo respecto de lo ajeno. Tal agravio, en cuanto violencia, siempre es intencional, pero procedente de la maldad (ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, [trad. PEDRO SIMÓN ABRIL], Vol. I, Folio, Navarra, 1999, p. 174, p. 168 y p. 178; pp. 170-171). La violencia, por ende, es injusticia, y políticamente reprobada como un abuso en el poder. Y en general en la imagen del tirano, está la de quien teniendo poder, lo conserva con injusticia y violencia, ya que en el seno de lo gobernable, reposa el exceso como réprobo, y los actos contra la libertad y los derechos de los súbditos, son de aquellos como se sostienen las tiranías. “Lo mismo –señala el estagirita- puede creerse que sean justas las acciones todas del tirano; sábese, empero, que abusa de la fuerza para emplear la violencia, y por eso es tirano (...)” “Los que imaginan haber encontrado la base única de todo gobierno, llevas las consecuencias muy allá; ignoran que la nariz, aún desviándose un poco de la línea recta (que es la más hermosa), puede ser aguijeña o conservar en parte su hermosura; sin embargo, si la desviación es excesiva, perderá toda belleza y no tendrá ni apariencia de nariz, por exceso de desproporción. Aplíquese esta comparación a los gobiernos” (ARISTÓTELES, *La Política*, p. 121, p. 353). Mismo sentido *Ibíd.*, pp. 368-370; “la materia sobre la que se desahoga la naturaleza conformadora y violentadora de esa fuerza es aquí justo el hombre mismo” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Genealogía de la moral*, p. 100).

<sup>1173</sup> WEBER, MAX, *Política y Ciencia*, p. 5 - p. 6.

<sup>1174</sup> WEBER, MAX, *El Político y el científico*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008, p. 13.

<sup>1175</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas (e)*, p. 123.

hecho que ‘no toda pena sea violencia’, implica que algunas penas no lo sean, pero como contrapartida implica también, que algunas penas sí lo son.

El concepto ‘violencia’ se vuelve un elemento definitorio, según se expresen las condiciones por las cuales una pena no habría de ser violencia, con lo cual esta última, hace condicional su aparición en la pena, y consecuentemente en la penalidad. Es así como si la pena cumple determinadas condiciones, ésta no sería violenta. Así, si concurren (descrito en términos modernos a lo postulado por BECCARIA) la legalidad, la proporcionalidad, intervención mínima, necesidad, celeridad en el juicio y publicidad, no habría la pena de ser violencia.

Lo dicho por BECCARIA deja lo suficientemente claro que, para lo expresado en el texto, no es cierto que la naturaleza de la pena sea intrínsecamente violenta.

Existen, por ende, condiciones para que la violencia no tenga lugar dentro del mundo de la penalidad, y con ello, del derecho penal. Pero por otra parte implica que el derecho penal puede potencialmente ser violento, de no cumplirse las condiciones que hagan un derecho penal no violento.

Ahora bien, esta es una idea que es posible vincularla, a aquella otra relativa al concepto de tiranía en BECCARIA<sup>1176</sup>. En efecto, existen algunas referencias a la tiranía que BECCARIA usa, en relación a su análisis sobre la penalidad:

- “Para que una pena obtenga su efecto —señala el lombardo- basta que el mal de ella *exceda* al bien que nace del delito; y en este *exceso de mal* debe ser calculada la infalibilidad de la pena, y la pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y por tanto *tiránico*”<sup>1177</sup> [el resaltado es nuestro]. Toda la idea en que se funda el discurso beccariano podríamos decir que se refiere al exceso penal, y dicho exceso habría de tener concreción en el texto anterior, y en relación a lo tiránico. Por ende, todo exceso en el derecho penal implicaría, dentro de esta línea argumentativa, violencia. Todo exceso implica tiranía. Toda tiranía implica violencia.
- “Si algunos han sostenido que éstas [las penas] sirven de freno a las venganzas y prepotencias privadas, no reflexionan que aun cuando las penas produzcan un bien, no por esto son siempre justas, porque para ser tales deben ser *necesarias*; y una injusticia útil no puede ser tolerada de un legislador, que quiere cerrar todas las puertas a la *tiranía* vigilante”<sup>1178</sup>. La necesidad, como ya vimos, opera como condición, junto a otras, para el que una pena no sea violencia. En relación a este texto, la pretensión político-criminal es clausurar en la legislación los espacios a la tiranía, al exceso, a la violencia. La admonición político-criminal beccariana, dice entonces que para evitar la violencia, se hace necesario clausurar todo espacio por donde pueda entrar a la legislación penal, la tiranía.

La tiranía se usa en la línea argumentativa beccariana, como contraposición a la libertad<sup>1179</sup>. Esto es interesante, ya que, por un lado implica que la violencia es contraria a

---

<sup>1176</sup> Y que el uso en las significaciones conceptuales no distan de otros donde se utilizan similares conceptos. Así por ejemplo en MOUNIER quien expresa: “Es común creer que la libertad consiste en ser independiente de toda presión que no sea la de mis espontaneidades. Pero la espontaneidad es la mayoría de las veces la pendiente de la facilidad, lo natural sirve de ameno lugar de paseo a las tiranías interiores y en él nos concedemos fantasías demasiadas cómodas” (MOUNIER, EMANUEL, *De la propiedad capitalista a la propiedad humana*, p. 30).

<sup>1177</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas* (a), p. 103.

<sup>1178</sup> *Ibíd.*, p. 99.

<sup>1179</sup> *Ibíd.*, p. 88.

la libertad, y por otro, que si existiendo penas que cumplan con las condiciones requeridas por BECCARIA, y no sean exceso, entonces podrá no decirse que se vulnera la libertad. Esto puede ser una paradoja, pero que tiene importantes sentidos.

Para comenzar, una pena es tiranía es entendida también por BECCARIA, teniendo por fundamento a MAQUIAVELO, como aquel acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad de defender “el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones”<sup>1180</sup>. Sólo si las penas se encuentran cumpliendo condiciones que para BECCARIA estarían fundadas, podría hablarse de régimen de libertad. Por un lado, la pena tiene por objeto, en tanto motivos sensibles, “contener el ánimo despótico de cada hombre”<sup>1181</sup>, pero por otro, propiciar la seguridad de todos en equilibrio con la máxima libertad para los ciudadanos<sup>1182</sup>. La tiranía, dentro de este contexto, equilibraría la balanza hacia la seguridad, más que en valoración de la libertad. Una pena justa, entonces, es una pena que no es tiránica, y por ende, se produce dentro de un contexto de libertades del sujeto afecto a la pena, y las libertades de los demás miembros del cuerpo social.

En esto, el hombre es el centro finalmente no el Soberano, ya que así, la política moral que inspira las penas, debe estar fundada en “máximas indelebles del hombre”<sup>1183</sup>. “No hay libertad –señala el lombardo- cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona, y se repercute como cosa”<sup>1184</sup>. En ese sentido la tiranía representa todo lo contrario.

En cuanto a la *relación del derecho con la fuerza*, BECCARIA señala lo siguiente:

“Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia: y es cierto que cada uno no quiere poner en el depósito público sino la porción más pequeña que sea posible, aquella solo que baste a mover los hombres para que le defiendan. El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el *derecho de castigar*; todo lo demás es abuso, y no justicia: es *hecho, no derecho*. Obsérvese que la palabra *derecho* no es contradictoria de la palabra *fuerza*, antes bien, aquélla es una modificación de ésta, cuya regla es la utilidad del mayor número. Y por justicia entiendo yo sólo el vínculo necesario para tener unidos los intereses particulares, sin el cual se reducirían al antiguo estado de insociabilidad. Todas las penas que sobrepasan la necesidad de conservar este vínculo son injustas por su naturaleza”<sup>1185</sup> [el resaltado es nuestro].

Lo primero que resalta de este texto, es que el propio BECCARIA hace un análisis de texto, o más bien, un análisis de los conceptos, al ocuparse de dos conceptos en su relación, como lo son *fuerza* y *derecho*.

Primero, señala que no existe relación de contradicción entre ambos.

Segundo, al señalar que no existe una relación de contradicción, claramente está presuponiendo entonces su relación.

Tercero, al señalar que el *derecho*, como concepto, es una modificación del concepto *fuerza*, emparenta con ello a nivel genealógico, el significado conceptual de ambos, con lo cual el *derecho* se transforma en una clase de *fuerza*, como si ésta fuera el género y aquella la especie. Del tronco del concepto *fuerza* se desprende el concepto *derecho*. Esto significa además, que el derecho es definido ontológicamente por la fuerza.

---

<sup>1180</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>1181</sup> *Ibíd.*, p. 45.

<sup>1182</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>1183</sup> *Ibíd.*, p. 46.

<sup>1184</sup> *Ibíd.*, p. 88.

<sup>1185</sup> *Ibíd.*, p. 47.

Cuarto, funda esta fuerza, que es el derecho, en la utilidad social. Lo cual supone que la utilidad social se logra, dentro de este contexto, en base a la mínima porción de libertad de cada uno de los miembros asociados dispuestas en el depósito público, se logra la defensa de aquellos, defensa que se logra a través de un derecho que represente fundamentalmente fuerza, siendo aquel, el derecho de castigar.

Quinto, la fuerza para lograr la mayor utilidad del mayor número, tiene que limitarse a mantener el vínculo mínimo y suficiente de los intereses particulares para no volver al estado de insociabilidad. Si se mantiene esto, la pena es justa.

Sexto, si la fuerza logra la mayor utilidad del mayor número, bajo la conservación de la libertad y bajo la condición que sea de acuerdo a los principios exigidos por BECCARIA para la imposición de la pena (legalidad, proporcionalidad, minimalidad, necesidad, celeridad, publicidad), entonces es un derecho justo.

Fuera de BECCARIA, dos autores hemos considerado como son RIVACOB A Y RIVACOB A y FERRAJOLI, de lo que entendemos que expresan una visión liberal del derecho penal.

RIVACOB A Y RIVACOB A expresa su opinión sobre el respecto, en el texto “Violencia y justicia” y específicamente en la sección homónima del libro, la cual podríamos expresar en los siguientes puntos:

- No distingue entre fuerza y violencia, definiendo a la violencia con el concepto de fuerza como sinónimo<sup>1186</sup>.
- Hay una reflexión antropológica sobre la violencia, por la cual ésta “constituye (...) una característica o propiedad congénita de los seres superiores y, por supuesto, del hombre”<sup>1187</sup>.
- Dicha visión es de corte darwinista<sup>1188</sup>.
- La violencia es cosubstancial al hombre, necesaria e imprescindible para el logro de metas y finalidades<sup>1189</sup>.
- La violencia es posible de sujeción y contención<sup>1190</sup>.
- El Derecho en relación a la violencia, pretende su monopolio<sup>1191</sup>: “...el Derecho aparece como un sistema monopólico y organizado de violencia”<sup>1192</sup>.
- El Derecho la admite y reconoce, “como se percibe en la legítima defensa, la pena de muerte y la guerra”<sup>1193</sup>.
- Para que el Derecho limite o se auto-limite la violencia, no se dan argumentos racionales<sup>1194</sup> sino emotivos<sup>1195</sup>.

---

<sup>1186</sup> “violencia no es sino el ejercicio y aplicación de la fuerza física sobre los demás para apartar o destruir lo que representa o reputamos un peligro para nuestra subsistencia o nuestro desarrollo” (RIVACOB A Y RIVACOB A, MANUEL, *Violencia y justicia*, Editorial Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002, p. 33).

<sup>1187</sup> Ídem. Lo cual llevaría a preguntarse, qué otros seres superiores o a qué se refiere con ello. Expresión algo abstrusa.

<sup>1188</sup> “Se trata, pues, de una modalidad de obrar puesta al servicio del instinto de conservación, coronado o complementado por el impulso o la tendencia a imponerse y prevalecer, sea en sí mismo o en una entidad colectiva a la que pertenece” (Ídem); En otro lugar caracteriza la violencia como “de origen filogenético, que se transmite con la herencia arcaica y garantiza la vida del individuo” (Ídem., p. 34).

<sup>1189</sup> “...pretender que el ser humano prescindiera de la violencia, aparte de constituir un imposible, le incapacitaría para tender hacia fines y obrar conforme a valores, o, en términos más breves y contundentes, le aniquilaría en tanto hombre” (Ídem); En otro sitio la entiende como “impulsos ancestrales del hombre, de carácter natural e instintivo y, por tanto, también antisocial...” (Ídem., p. 34)

<sup>1190</sup> “...en el hombre, como ser de fines y vocado a los valores, la violencia, y en general todas sus aptitudes físicas, pueden y aun deben ser orientados y ejercidas racionalmente, esto es, sometiéndolas a límites e incluso domeñándolas y conteniéndolas en la inercia...” (Ídem. p. 33).

<sup>1191</sup> Ídem. p. 35.

<sup>1192</sup> Ídem.

<sup>1193</sup> Ídem.

Esta lógica está muy acercada a un liberalismo -del cual lejos de renegar, el autor suscribe<sup>1196</sup>-, de corte positivista, que se expresó a finales del siglo XIX, que es un poco la orientación de la agresividad a la conformación y dinámica de las relaciones sociales, lo cual trae de la mano la libre competencia y el reconocimiento de ésta como pilar fundamental de las relaciones económicas. El fundamento darwinista no es más que el elemento de definición de dicha lógica, no en su variante voluntarista existencial, sino social. Por lo demás, si se puede sujetar la violencia y los instintos, son factibles de ser reprimidas, que es manifestación de la moral burguesa muy de la mano del pensamiento en el siglo señalado, y que FREUD revelara<sup>1197</sup>.

Si seguimos en estricto rigor este pensamiento y lo enunciamos en dos máximas e incluso brocados, podríamos decir *que todo ejercicio de fuerza es violencia*, y como la violencia se encuentra únicamente en la naturaleza del hombre, *toda violencia es cosubstancial e individual en el hombre*.

Es desde esta base que se deriva por inferencia, el que el Derecho monopolice la violencia para su administración, y el que toda forma de manifestación de fuerza como la legítima defensa, sea visto como violencia.

Otro pensamiento que siendo liberal va en la misma vía, es el que expone FERRAJOLI.

En efecto, expresa FERRAJOLI lo siguiente:

“el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una *intrínseca brutalidad* que hace problemática e incierta su legitimidad moral y política. La pena, cualquiera que sea la forma en que se la justifique y circunscriba, es en efecto una *segunda violencia* que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo. Si la propiedad privada fue llamada por Beccaria «un terrible y quizás no necesario derecho», la *potestad* de castigar y de juzgar es seguramente, como escribieron Montesquieu y Condorcet, el más «terrible» y «odioso» de los *poderes*: el que se ejerce de la manera más violenta y directa sobre las personas y en el que se manifiesta de la forma más conflictiva la relación entre estado y ciudadano, entre autoridad y libertad, entre seguridad social y derechos individuales”<sup>1198</sup> [el resaltado es nuestro].

Lo señalado por FERRAJOLI contiene dos aserciones.

---

<sup>1194</sup> “El fracaso es inevitable, porque resulta casi imposible exterminar cualquier violencia que discurra por espacios vastos y difíciles y despierte, al lado de odios y resistencias, también sentimientos de simpatía y solidaridad, y, aun cuando se la derrotara, permanecerán vivas sus raíces y persistirían los problemas que le dan sentido, raíces y problemas que, tardando más o menos, ocasionarán nuevas oleadas de violencia” (Ibíd., pp. 41-42).

<sup>1195</sup> “Mientras tanto, tiene un valor inmenso para conseguirlo la conducta de los jueces, y la de quienes coadyuvan con ellos, que en las épocas de violencia desatada, en las que se hace el Derecho una irrisión y cualquier miedo está fundado, no escatiman sacrificios para mantener como razón de su ministerio y de su vida, y en algunas ocasiones también de su muerte, a la lealtad a la justicia y, sin dejar de guardar las formas, atienden sobre todo a la substancia de lo jurídicos, se atienen a sus principios, procuran sus fines y realizan sus valores” (Ibíd., p. 42).

<sup>1196</sup> Vid. Ibíd., pp. 163-181, la sección “Del liberalismo a la democracia”.

<sup>1197</sup> He aquí una confusión filosófica y metodológica en RIVACOBÁ. Por un lado habla de la sujeción de la violencia y los instintos, y por otra, señala que el proceso de formación de la personalidad y el de la evolución de la cultura, los sublima (el instinto) “en su satisfacción conforme a normas y valores que se introyectan” como integrado a la personalidad individual. Estas afirmaciones es contradictoria y confusa, ya que de qué forma se subliman los instintos y se satisfacen en normas y valores. Por otro lado, el hecho de mezclar el instinto con el superyo freudiando y de identificarlo como conciencia social, llevaría a algo más que una simple aclaración respecto de la confusión metodológica.

<sup>1198</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 21.

En primer lugar, la primera aserción señala la “intrínseca brutalidad” que “conserva” el derecho penal, y la pena en cuanto “violencia”, entiende al derecho penal como *conteniendo siempre* (“conserva”) violencia.

La segunda aserción, sitúa la “potestad de castigar y juzgar”, en cuanto potestad, como un “poder”, como un poder “terrible” y “odioso”, ejercido de manera “violenta”.

Esto, y como en el caso anterior, es similar a lo que se señaló en RIVACOBIA: la violencia como *conditio sine qua non* del derecho y la penalidad.

Ahora bien y en general, creemos que no obstante la posición weberiana que puede ser descifrada más como descripción del sistema burgués que como estrictamente “normativa” en el sentido general del término<sup>1199</sup>, es decir, más teoría que doctrina, en lo que concierne a la idea del uso y prácticas de la fuerza, aquélla se inculca a la ciencia del derecho con mayor repercusión en la ciencia penal que cualquier otra en los temas atinentes a la fuera del derecho, pero con un carácter, hasta cierto punto, doctrinario más que teórico.

Tal inculcación es procedente por el engarce posible entre la objetivación de la pena y/o su desprivatización según la concepción que avizora VON LISZT, con el concepto del monopolio de la fuerza estatal weberiano. Inculcación o bien puntos de encuentro, lo cierto es que otorga un fundamento en apoyo a la idea: la glosa o apostilla precisa en la lectura sobre las relaciones entre el derecho penal y el concepto de Estado.

Sin embargo, toda esta idea se ha petrificado en el derecho, de tal modo que esta tesis introyectada en la estructura de conocimientos de la ciencia penal, se ha instalado como un fundamento de validación dogmática y axiomática tácita. Así, no entra en el campo de objetos conceptuales sometidos a discusión, y por ende, abiertos a la formulación de crítica, ya que la tesis de la violencia legítima, se encuentra posesionada a nivel semántico, en los significados básicos y fundantes del abecedario iuspenal.

Usada así esta idea completa acerca de la violencia legítima, produce una suerte de santificación de la violencia, la sitúa meta-críticamente, porque si siendo sustantiva la violencia a la fuerza, entonces solo cabe hablar de los límites de la legitimidad, pero nunca el que la fuerza pueda no importar violencia. Si se hace sustancia misma de la fuerza, se encierra en una suerte de ‘cosa en sí’, de ente, de intocable. Ésta edifica así una forma de conocimiento, un *episteme* particular y específico y que tiene como consecuencia que por él, no se cuestiona si el Estado usa o no de violencia, ya que ello se da por sentado desde la construcción del concepto. Es decir, el concepto mismo impide su discusión, se parapeta, con lo cual queda fuera de ser criticado, las formas de violencia que puede representar el Estado en su acción social y dentro de las relaciones sociales.

En esto existe una paradoja, opuesta a la idea metafísica, pero que es explicable. Aquello que no queda como objeto de la crítica, para que tenga dicha consecuencia, no se hizo necesario colocarlo en un “más allá” metafísico, en una cuestión que quedase fuera de la realidad, sino que se sitúa su significación materialmente dentro de la realidad, posible de nombrarse, pero no se accede a sus contenidos significativos completos, porque su significado semántico íntegro se esconde dentro de la misma semántica, con lo que se conceden sólo ciertos significados, los cuales obnubilan, por su posición

---

<sup>1199</sup> “Los factores que explican el sentido de la obra weberiana no se hallan exclusivamente en la realidad política y económica de la Alemania de fines del siglo XIX y principios del XX, también las ideas que este autor heredó como prevalecientes a su iniciación intelectual y posterior desarrollo; y que caracterizaron el entorno intelectual de su biografía científica, son variables a considerar. Ellas nos dicen sobre las polémicas intelectuales que Weber vivió, los paradigmas filosóficos y de otras ciencias sociales en los que se educó en el mundo académico” (FLEITAS RUIZ, REINA, “La sociología política en Max Weber”, *STVDIVM. Revista de humanidades*, 11, 2005, pp. 227-240, p. 230).

semántica dentro del constructo de conceptos, el significado total, produciéndose una clausura anticipada de sentido. El significado se oculta así, por su localización periférica respecto del signo, quien por su ubicación central, concede los significados que pueden inferirse de modo directo y como sentidos suficientes para el signo, relegando ciertos significados a una periferia significativa. Por ello, no necesita situarse en un “más allá”, sino que se oculta en la propia materialidad, donde se hace más difícil su lectura y ulterior crítica, justamente por encontrarse en un “más acá”, en el interior mismo, donde los ojos no pueden verlo como una realidad encumbrada y lejana.

Dicho de otro modo, el uso del concepto “violencia legítima”, presupone desde ya que el Estado usa de la violencia, cuestión que impide preguntarse si la usa o no y bajo qué condiciones. No es que no existan las preguntas, sólo que no pueden colegirse adecuadamente si se presupone uso de la violencia por el Estado. Pero al estar “legitimada”, aleja toda discusión sobre las formas de violencia dentro de la sociedad política, y sobre los posibles usos injustificados de una violencia que se encontraría desde ya legitimada. Con esto, todos y ninguno pueden ser medios de violencia. Dispensa entonces de fundamentar su naturaleza, y dispensa la justificación sobre quién debe poseer la violencia, supuesto alcanzado por el carácter de “legítimo” en únicas condiciones al Estado.

Así, “violencia legítima” es ya un signo que se opone a exhibir todos los significados, que sus elementos conceptuales poseen (‘violencia’, ‘legítima’), en tanto ellos mismo conceptos pueden significar totalmente dentro de la semántica del signo. El concepto así queda fuera de su discusión, se clausura, lejos de los ojos de la crítica, distante de su necesaria depredación.

Al señalar que ‘la pena es violencia’, no se dice nada con ello, no agrega nada que el concepto “violencia legítima” no hubiese dicho ya, sino por el contrario, sigue siendo parte de su contenido de significaciones directas. El enunciado es vacío. Y ello mismo impide referenciar semánticamente, si la pena es fuerza o violencia, si una justificación racional podría fundamentar la pena en tanto fuerza, de modo más científico y menos axiológico, que es lo que pasa con las explicaciones sobre su finalidad. Por otro lado, la misma ponderación para el caso de las causales de justificación en la legítima defensa y en el estado de necesidad, adquieren un contrasentido al sostener el concepto de “violencia legítima”, ya que, ¿se ponderan porque no es “violencia” del Estado lo que se ejerce allí, o por que dicha “violencia” es legitimada indirectamente por el Estado? Si se recurre al argumento de la “legitimación”, entonces, ¿para qué se ponderan?

Otro concepto es el de “monopolio de la violencia”.

Pues bien, tal concepto no es sino la denotación de los procesos de acumulación y concentración de los usos de la fuerza dentro de la sociedad, en el proceso histórico de desarrollo del Estado burgués. El principio de la propiedad privada es elevado al máximo, al enfrentarse a la libertad económica como a los otros derechos proclamados por la revolución burguesa<sup>1200</sup>, lo que trae como consecuencia la disputa de todos los bienes en una guerra donde se van imponiendo los más poderosos, quienes son lo que concentran el capital y proceden al proceso de acumulación del mismo. El mercado se encuentra

---

<sup>1200</sup> “La órbita de la circulación o del intercambio de mercancías, en cuyo marco se desenvuelve la compra y la venta de la fuerza de trabajo era, en realidad, un verdadero edén de los derechos innatos del hombre. Dentro de sus límites imperan exclusivamente la libertad, la igualdad, la propiedad y Bentham. ¡La libertad! Pues el comprador y el vendedor de una mercancía, por ejemplo de la fuerza de trabajo, se somete solo a su libre voluntad. Contratan como hombres libres e iguales jurídicamente. El contrato es el resultado final en que sus voluntades cobran una expresión jurídica común. ¡La igualdad! Pues compradores y vendedores se refieren recíprocamente solo como poseedores de mercancías, cambiando equivalente por equivalente. ¡La propiedad! Pues cada uno dispone únicamente de lo que es suyo. ¡Y Bentham! Pues cada uno se preocupa únicamente de sí mismo [suplido el énfasis del autor] (MARX, CARLOS, *El Capital*, Tomo I, Libro I, pp. 182-183).

abierto a la participación, pero para poder participar, se debe estar dispuesto a la guerra. El poder se mantiene así abierto a las definiciones del mercado para quienes transen<sup>1201</sup>, lo cual posibilita y genera por su propia lógica la acumulación de capital. De alguna manera, para poder mantener a recaudo este régimen de “libertades”, se hacía necesario expropiar de la violencia a la sociedad, para desde allí asignar significados y “administrar” y burocratizar su uso.

No son contradictorios estos movimientos respecto de lo interpretado por FOUCAULT. En efecto, el poder de castigar para FOUCAULT adquiere una nueva forma de distribución con los reformadores penales ilustrados<sup>1202</sup>, en virtud de ser estimada por ellos, una distribución mal ordenada del poder de la penalidad del *ancien régime*<sup>1203</sup>. Fuera del desplazamiento del objeto de la penalidad del cuerpo al alma del delincuente<sup>1204</sup>, la reforma de economía penal, que en este punto es más bien administrativa como lo reconoce el francés<sup>1205</sup>, propone un aspecto de distribución más bien atomizado y repartido de forma homogénea en el cuerpo social<sup>1206</sup>. Tal distribución se produciría de forma circulatoria en el cuerpo social<sup>1207</sup> y distribuido en instituciones y centros de disciplina<sup>1208</sup>, de forma invisible semiótico y transversal a todo el cuerpo social<sup>1209</sup>, sea en cuanto poder-saber que circula<sup>1210</sup>, sea en tanto disciplina que circula individualmente por los cuerpos<sup>1211</sup>.

Pues bien, la distribución del poder representa un movimiento más, pero no el único, según lo visto, y que se interrelaciona con el movimiento que adquiere la violencia, por ejemplo. Si la distribución del poder contribuye a los efectos de disciplina en una porción, y de vigilancia para otra, lo que conduce luego a las definiciones de lo biopolítico, distribuye así, una mano que endereza y un ojo que ve, dispositivos de disciplina y de

<sup>1201</sup> “El único *poder* que los une y los pone en relación es el de su propia utilidad, de su provecho particular, de su interés privado” [énfasis nuestro y suplido el del autor] (Ibíd., p. 183).

<sup>1202</sup> “en el castigo-espectáculo, un horror confuso brotaba del cadalso, horror que envolvía a la vez al verdugo y al condenado, y que si bien estaba siempre dispuesto a convertir en compasión o en admiración la vergüenza infligida al suplicado, convertía regularmente en infamia la violencia legal del verdugo. A partir de este momento, el escándalo y la luz se *repartirán de modo distinto*; es la propia condena la que se supone que marca al delincuente con el signo negativo y unívoco; publicidad, por lo tanto, de los debates y de la sentencia” [el resaltado es nuestro] (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 17).

<sup>1203</sup> “La parálisis de la justicia se debe menos a un debilitamiento que a una distribución mal ordenada del poder, a su concentración en cierto número de puntos, a los conflictos y a las discontinuidades resultantes” (Ibíd., p. 84).

<sup>1204</sup> Ibíd., p. 105.

<sup>1205</sup> “La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la justicia; ésta se libera de su sorda desazón por un escamoteo burocrático de la pena” (Ibíd., p. 17).

<sup>1206</sup> “establecer una nueva “economía” del poder de castigar, asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté ni demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre unas instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social” (Ibíd., p. 85).

<sup>1207</sup> Ibíd., p. 103. FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, p. 31

<sup>1208</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, pp. 147-148.

<sup>1209</sup> “¿ciudad punitiva o institución coercitiva? De un lado, un funcionamiento del poder penal, repartido en todo el espacio social; presente por doquier como escena, espectáculo, signo, discurso; legible como a libro abierto; operando por una recodificación permanente del espíritu de los ciudadanos; garantizando la represión del delito por esos obstáculos puestos a la idea del mismo; actuando de manera invisible e inútil sobre las “fibras flojas del cerebro”, como decía Servan. Un poder de castigar que corriese a lo largo de todo el sistema social, que actuara en cada uno de sus puntos y acabara por no ser ya percibido como poder de unos cuantos sobre unos cuantos, sino como reacción inmediata de todos con respecto de cada uno” (Ibíd., p. 135).

<sup>1210</sup> Un saber-poder un saber las técnicas punitivas “discursos que los hacen circular y revalorizan a cada instante el juego de los signos” (Ibíd., p. 133).

<sup>1211</sup> Ibíd., p. 149.



vigilancia, pero no los usos de la violencia. En otras palabras, es el poder el distribuido, más no la violencia.

Para el desarrollo del Estado burgués y de inspiración iluminista, se hacía necesaria una idea que fundamentase la deslegitimación de aquella otra reproducida en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en su artículo II, sobre el derecho a la resistencia o a la rebelión, tan importante como la libertad, la propiedad y la seguridad, ya que atomizar la violencia como se atomizaba la soberanía, implicaba repartir el uso de la resistencia en el cuerpo político, una vez constituido el Estado burgués. Es por ello que surgen expresiones como la de KANT quien niega el derecho a la resistencia, fundado justamente en el deber ser que el derecho supone, con lo cual, la violencia si era tal, habría de ser representada sólo dentro de la esfera del derecho<sup>1212</sup>. WEBER hace posible sociológicamente una tesis (entendida como doctrina) que responda a este contexto, ya no haciendo depender su uso en un compromiso contractual y fundado en el deber, sino derechamente en la expropiación del derecho a la violencia, y con ello y de forma encubierta, el derecho a la resistencia. Es así como de la expropiación que se produce, el Estado concentra para sí, a través de esta figura monopólica, la violencia, pero en su seno reposa además el hecho que lo que monopoliza, son todas las formas de contrariar al Estado. La sociedad civil queda privada, de uno de los derechos declarados, pero privada de forma fáctica, a través de la acumulación de la violencia. El Estado burgués así, privilegia los tres primeros derechos declarados (libertad, la propiedad y la seguridad), y sacrifica así al derecho a la resistencia, en aras de los primeros.

Esta idea absorbe la otra del derecho penal, de la expropiación de la venganza privada y pública en manos de un ente superior como lo era el Estado, que de hecho, explicita de mejor forma para el estado burgués la idea, tratando de establecer una sola línea discursiva.

Esta idea monopólica de la violencia, además, trae algunas consecuencias. Por un lado, genera un claroscuro interesante. Al aceptar que es violencia, entonces todo otro cuerpo o sujeto dentro del Estado, al hacer uso de las formas que el Estado define como violencia, se encuentra, por el monopolio del Estado, deslegitimado en ese momento a usarla.

Por otro lado, sólo las formas que el Estado entendidas como violencia, han de ser consideradas ilegítimas cuando son sostenidas por otros sujetos sociales, por lo que si existen formas vulneratorias que no son usadas ni consideradas por el Estado como violencia, entonces la conclusión es que entonces no lo es. En consecuencia, se crean zonas que no estando directamente legitimadas, se encuentran libres de realizar cualquier conducta que pueda ser violencia, al no estar rotulada como tal por el Estado, lo que deja este sector libre en la producción de violencia "innominada", en una suerte de liberalismo de la violencia (muy propio del Estado burgués, en todo caso).

Cabe agregar otra cuestión además. Al asumir que lo que se ejerce es violencia, no se discute sobre su naturaleza, y al aceptar la necesidad del monopolio de la fuerza, este tampoco se discute. Si se discutiera sobre su naturaleza, ello implicaría tener que establecer un fundamento racional sobre el cual justificarse de qué dispone el Estado como material de fuerza, qué es esa fuerza y los elementos racionales de que se compone, para que por ese solo hecho, sean los elementos que nos declaren por sí

---

<sup>1212</sup> Es curioso, en todo caso, que la mayor oposición a la idea kantiana y mayor defensa, se haya hecho desde los hornos del derecho penal por FEUERBACH. Véase el excelente estudio preliminar de ZAFFARONI. Vid. ZAFFARONI, RAÚL, "Ensayo preliminar. Anselm v. Feuerbach: Perspectiva actual de su antropología jurídica", en FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania, Parte General*, [trad. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI E IRMA HAGEMEIERS], Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 13-26.

mismos, la racionalidad de esa fuerza, lo cual concede justificaciones *ex ante*, y no *ex post*, que sucede al calificar de violencia, la fuerza que detenta el Estado.

En resumen: los conceptos de violencia legítima o ilegítima y el monopolio de la violencia por el Estado, acuñados ambos por WEBER, pueden ser descriptivos del Estado burgués, pero no debiera declarar ni la naturaleza del derecho y del Estado, ni marcar la dirección teleológica de la axiología política.

La opinión de penalistas liberales citados, va en la dirección de estimar que el derecho penal es violencia. Esto no es más que la derivación del discurso liberal de no sujeción del hombre en su libertad en actitud contraria al autoritarismo. Sin embargo su discurso es contradictorio, ya que por un lado identifican toda fuerza del derecho penal con violencia, pero la consideran un mal necesario. Hay por un lado, un alegato, pero por otro un encogimiento de hombros, de aquellos que significan ‘qué se le va hacer’... ‘ya es así’. Reconociendo este mal necesario, como si se apoderarse un sentimiento culpable, procuran reducir dicha violencia introducida en la sociedad, a través del actual planteamiento del derecho penal mínimo. Hay aquí una cierta inconsecuencia moral y lógica: si se rechaza la violencia, por qué se acepta al minimizar sus consecuencias. En esta línea argumental, es mucho más consecuente el abolicionismo, ya que si bien sostiene la idea de la violencia del derecho penal, prosigue de modo coherente con la lógica del razonamiento, por lo cual reclama su abolición. Hay en el penalista liberal una cierta beatería que, confundiendo los trazos del derecho con la moral como consecuencia, se resigna ante el mal que entiende resistir.

La idea la intrínseca brutalidad no es más que la confusión entre fuerza y violencia, o bien, de identificarlas, que algún sector de la doctrina penal acepta<sup>1213</sup>. Sin embargo y a *contra facta*, en esto subyace un error profundo de concepción, o derechamente, de confusión. Aquella emana en gran parte de las visiones sobre lo terrible, que concibe finalmente a la violencia de modo ontológico, esto es, a la violencia como un ‘algo’ que existe con independencia de otras cosas, un *esse* que como tal no es dependiente de nada. En la expresión gramatical ni siquiera se tornan adjetivaciones cuando se puede expresar ‘el derecho penal es violencia’, o ‘se es violento’, ya que en aquellas “violencia” y “violento” definen al sujeto y no lo predicán, como sucedería si “violencia”, fuera tomado como mera adjetivación. No pasa a ser una característica, sino más bien definición, significado, explicación de la *ousía* del derecho penal.

A la brutalidad intrínseca como violencia ontológica del derecho penal, le es cómoda la visión weberiana para justificación, que es más bien la “racionalización” del estado burgués en toda su expresión –racionalidad burguesa-, pero que por otro lado, es ideológica –en el sentido marxiano- y por ende, distorsiona la realidad con una apariencia que justifica finalmente la acriticidad del sistema burgués.

Es así como la tesis de la identificación de la fuerza y violencia, por ende brutalidad intrínseca del derecho penal, planteada tanto por RIVACOBIA como por FERRAJOLI, nos parece desacertada, porque con ello se confunde la fuerza de la

<sup>1213</sup> “Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)” (MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Derecho Penal*, p. 29). Sobre la monopolización de la “violencia”, MUSSIC, BERND, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema*, [trad. MANUEL CANCIO MELIÁ; ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, p. 36; PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier-Libros Jurídicos, Barcelona, 2006, p. 354; DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *Revista de Derecho Penal y Criminología* N° 6, Madrid, 1996, pp. 137-191, p. 152. Otros proponen otra visión como en HASSEMER, quien considera que el Derecho penal puede contribuir a desalentar las reacciones informales, vid. Hassemer fundamentos, p. 83. Así mismo GARCÍA-PABLOS donde considera al Derecho Penal como minimizador de la violencia, vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, p. 205.

violencia, ya que al poseer una intrínseca brutalidad, posee una intrínseca violencia, cuestión que no es así. De ser así, no se entendería entonces el mismísimo derecho penal, que supone en ser racionalización de la fuerza, idea transversal a aquél, y que se testea en sus institutos tanto científicos como axiológicos, tanto en los político-criminales como en los dogmáticos.

En el resto de los otros autores, la fuerza es estimada como un medio, y si es medio, solo es instrumento para la producción de violencia. Con lo que la fuerza en sí misma no es violencia y es perfectamente distinguible de ella. Por otro lado, tampoco la violencia es identificable solo con la fuerza física o *vis physyca*, pudiendo ejercerse aquélla mediante coacción psicológica o *vis moralis*. La fuerza igualmente puede derivarse de otras formas que no sean el 'cuerpo' o el 'alma' de un sujeto, como por ejemplo, la fuerza económica o la fuerza de la ley. En esté último nos quedaremos. No haremos toda la reflexión que es relativamente sabida y depende de la teoría general del derecho, sobre la fuerza de la ley. Pero si diremos que así como no toda fuerza es violencia, no toda fuerza de la ley es violencia.

## 2. VALOR SEMÁNTICO DEL CONCEPTO 'FUERZA' Y 'VIOLENCIA' EN RELACIÓN A LA INFLACIÓN PENAL

En el derecho penal deben distinguirse dos cuestiones primordiales para el análisis de la violencia; uno, es el campo legal, y la otra es el campo jurídico (al menos de forma algo más nítida que en los sistemas anglosajones). La primera dice relación con la ley, en su sentido formal, en cuanto a lo prescrito por ella; la segunda, está más orientada al concepto de derecho, que no es restrictivo solo a lo legal. El primero, se manifiesta dentro de la teoría del delito en la tipicidad, cuando es intrasistémico al derecho penal, y la antijuricidad formal, cuando es extrasistémico (porque se refiere a órdenes legales diversos del penal y que pertenecen igualmente al derecho estatal). El segundo, vinculado a la antijuricidad material y que se orienta hacia un derecho vivo.

Si se pretende que el derecho sea la regulación de la comunidad, entonces el objetivo último que se persigue con el derecho es lograr la congruencia entre el derecho material y el derecho "legalizado" o positiva y estatalmente normativizado. Ésta relación es visualizada al interior de la teoría del delito, en la congruencia entre lo expresado por el tipo penal y lo formalmente antijurídico como objetivo del sistema, de tal modo que –y caricaturizando- si todos los tipos son incongruentes con lo formalmente antijurídico (por cada tipo penal hay al menos una conducta juridificada), entonces existiría un catálogo de delitos sin facticidad, impracticable, figurativo. Si ninguna de las conductas típicas es congruente con la antijuricidad material, el derecho penal se desvincula de la realidad social.

La juridicidad de una conducta se mide ante la existencia de relaciones sociales conflictivas, esto es, no todos los hechos caen en el campo jurídico, ni todas las relaciones sociales –como se señalaba anteriormente-, sino solo las conflictivas. Entre ellas, las que son congruentes con una valoración positiva –en un sentido axiológico- de ellas, habríamos de decir que son jurídicas. Lo que hace la ley como expresión positiva y estatal del derecho, recoge para su regulación las relaciones sociales conflictivas, lo que implica que todo el derecho debería no ser más que reconocimiento de la valoración de la juridicidad.

Pero en el derecho penal además, y para determinar la juridicidad de una conducta, se atiende a órdenes que no son todos de derecho público si también privados, como el derecho civil, esto es que para determinar la antijuricidad formal de una conducta

se observa la existencia o no de amparos jurídicos que provienen de derechos que operan en una relación con la realidad social y su solución privada de conflictos (como el derecho civil o comercial). En este supuesto, no podemos hablar que el derecho autorice o no una determinada relación social, porque para ello, todo el derecho habría de ser público –si pensamos en lo que algunos señalan como “rancio” y “ambiguo” aforismo<sup>1214</sup> que en dicho derecho *se puede hacer solo lo que está permitido-*, cuestión que no lo es.

El derecho está, como una de sus funciones, para solucionar conflictos. Una componenda entre dos personas, es solución de conflicto donde la ley positiva y estatal no ha entrado en juego, no se ha invocado ante órganos del Estado para la solución de conflictos, pero sí el derecho que las personas se han dado al resolver el caso mediante una regla implícita y con una solución específica. Y esta componenda puede ser aun frente a alguna lesión de un bien jurídico. El Derecho estatal y positivo, para este caso, nada ha permitido y solo puede prohibir que en determinados casos no existan soluciones de esta clase, como por ejemplo en vulneración de bienes jurídicos graves y/o delitos de acción penal pública.

Las causas de justificación no son más que reconocimiento que el derecho penal de relaciones sociales conflictivas y que constituyen respuestas jurídicas a un conflicto específico. No podría decirse en ese caso que ellas son permisiones, ya que esto significaría que la ley lo copa todo en las relaciones sociales, como un rey que en abstracto absolutiza con su poder la sociedad civil toda.

De ahí que nuestra postura, y que siguiendo el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL<sup>1215</sup>, es el que las causas de justificación, dentro del derecho penal y como manifestación de un derecho estatal positivo, son más bien normas de reconocimiento antes que normas permisivas. No es que se niegue las normas permisivas, pero ellas están ligadas más bien a las actividades estatales mismas, como a la conducta de sus organismos y funcionarios, por ejemplo. Pero señalar que existen permisiones del derecho estatal, al menos en este punto, es contradecir la vida social misma donde el derecho se debate y se produce como expresión jurídica de las relaciones sociales.

Así se reconoce la legítima defensa la que se estima como defensa ante agresiones, bajo ciertos supuestos racionales y objetivos, en cuanto cumplimiento de determinados estándares, como la proporcionalidad y el contexto en que se produce aquélla. Dicha defensa es una respuesta ante la violencia ejercida en contra de la víctima y para fines defensivos. ¿Es violencia? Estimamos que no, con lo que se constituye solo en fuerza cuando cumple sus fines defensivos. De lo contrario, no se diría por la doctrina que una defensa cuando deja de ser actual, se convierte en venganza, lo que se entendería como devolución de mal con mal, es decir, violencia con violencia. Esto querría decir que no es violencia cuando no sobrepasa cierto margen y cuando cumple el estándar específico, y lo es en el caso contrario: ausencia de proporcionalidad, racionalidad del medio, falta de actualidad en el acto de repulsión.

El ‘dar la otra mejilla’, constituye una acción moral cubierta por la misma moral o ética, pero que no pertenece al derecho, en su función de respuesta jurídica a un conflicto jurídico. Para el ‘dar la otra mejilla’ la devolución del golpe sea en el sentido que sea, como venganza o defensa, es violencia. El hombre que la resiste, devuelve paz, y se convierte en vencedor de sí mismo y de la violencia, es decir, en una especie de héroe. El derecho en cambio, considera al hombre en cuanto a una normalidad, donde no exige héroes sino que evalúa ‘normalidad’, y bajo ese contexto, todo acto defensivo es parte de

<sup>1214</sup> VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “La *summa divisio iuris* público/privado de las disciplinas jurídicas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, 2010, pp. 115-128.

<sup>1215</sup> BUSTOS RAMÍREZ; HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de derecho penal*, p. 48, p. 52.

la juricidad, y en cuanto cumpla un estándar. Confundir lo primero con lo segundo, es confundir la moral con el derecho.

Idéntico razonamiento puede hacerse con el derecho penal en cuanto respuesta estatal ante la agresión y/o violencia, donde la pena, entre alguna otra función, es un acto socialmente defensivo, y con ello debe existir necesariamente un estándar que es medido generalmente con la proporcionalidad (a la conducta típica, a la lesión de bienes jurídicos, a la responsabilidad penal [culpabilidad]). De si las clases de respuesta son las adecuadas, es otra historia. Pero, por ejemplo, pensar, en la abolición de la pena, o ir en una disminución de la fuerza en las respuesta penales ante hechos violentos es básicamente recurrir al 'dar la otra mejilla', lo que conduce a confundir el derecho con la moral. La existencia de formas penales o procesales basadas en el perdón de la víctima, no son más que la introducción de elementos espurios al derecho que podemos, por sentimientos morales como la compasión, convenir en aceptar pero bajo la misma premisa y la misma lógica. Pero dichas disposiciones normativas que recogen el perdón, no son más que normas de reconocimiento de lo que surge en el seno de la vida civil, pero igualmente como elementos espurios a la naturaleza del derecho, y pertenecientes a la moral.

Siendo así, toda respuesta punitiva que cumpla un estándar, no debería ser considerada como violencia, sino como fuerza, porque responde ante la conflictividad jurídica que supone la violencia producida, y que cumple una función en el sentido de solucionar uno o varios aspectos o efectos de la conflictividad que surge de la violencia (defensa social ante nuevos ataques del hechor y de la venganza privada en contra del hechor, disuasión de la violencia mediante la prevención, etc.), cuestión que responda adecuadamente con la fuerza, y que impida la generación de más violencia. Todo lo que sobrepase un margen constituido por los estándares fijados por el derecho estatal, y donde por recursividad habría de replicarse en la pena, al igual que en el caso de la legítima defensa donde se ha ido construyendo dicho estándar desde el derecho vivo.

Ahora, si interpretamos comparativamente el *Triángulo de la Violencia* en GALTUNG<sup>1216</sup> reclamado para una interpretación dogmática en la inflación penal, la inflación podría ser equiparable a la violencia directa, cuando aquélla se produce por una ley o interpretación judicial, cuando por ejemplo, se hace entrar al sistema un tipo penal o se efectúa una interpretación sin correlato en bienes jurídicos materiales. Básicamente sería la representación general.



<sup>1216</sup> GALTUNG, JOHAN, *Tras la violencia 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Bakeaz, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998, p. 15; GALTUNG, JOHAN, "Cultural Violence", p. 292.

La visibilidad e invisibilidad de la violencia en el mencionado *Triángulo*, es replicable cuando hablamos de cierta inflación que endógenamente es posible determinar, tal y como cuando hacíamos la referencia a las normas reactivas, o para el caso de lo que se verá en el último capítulo de este trabajo, que es el excedente de fuerza en las penas moleculares.

Para el caso en cuestión, es posible vislumbrar cierta estructura normativa que soporta todo el andamiaje legispenal, y desde donde puede generarse alguna clase de inflación que opera endógena y reactivamente a través de la hermenéutica judicial, pero que contiene su germen en la legislación penal en cuanto a su diseño, por lo que de algún modo, la violencia estructural de la inflación penal, o inflación estructural, surge de la connivencia entre la ley y la interpretación judicial, y no solo de la interpretación judicial, como ocurre normalmente en la hermenéutica judicial para el caso de la inflación en ese nivel. La violencia para este caso, fuera de ser “estructural” en el *vademecum* de GALTUNG, se encontraría además invisibilizada.

En resumen, la inflación penal siempre supone que existe violencia penal, pero por sobre un margen que marca la línea divisoria entre la fuerza y la violencia (cuestión de lógica en la semántica, desde que inflación supone un estado de cosas desde donde algo se infla, y solo así se puede hablar de inflación), con lo que su excedente siempre habría de ser violencia, porque deja de existir la justa medida de la fuerza para la respuesta ante la conflictividad jurídica y sus efectos igualmente jurídicos, y se produce un exceso innecesario a la utilidad de la pena. El exceso por definición, es lo que no tiene correlato con una medida. Bajo ese supuesto, toda fuerza que no tenga un correlato a una medida social (que puede ser una valoración social que entrega un límite), se transformaría en violencia. Cuando esa fuerza se produce en el contexto del derecho penal, todo excedente se constituye en violencia estatal de clase penal. El fenómeno que consiste en la producción de un excedente penal (por ende, violencia penal), es a lo que denominamos como inflación penal. Tal inflación, en tanto índice de la violencia penal, puede encontrarse visibilizada o invisibilizada. Para este último caso, una inflación estructural dependerá de la estructura social, de cómo ésta se conforma en sus bases constructivas: su diseño.

### **PARTE III: ESTUDIO SOBRE LOS FACTORES POLÍTICOS QUE INCIDEN EN LA INFLACIÓN PENAL**





## CAPÍTULO VI: DE LA “INGENIERÍA SOCIAL” A LA *INGENIERÍA POLÍTICA*: EL DISEÑO DE UN MODELO POLÍTICO

### I. EXPOSICIÓN

Será tal vez FOUCAULT el más reconocido autor que resaltó genealógicamente que los reformadores ilustrados, sin perjuicio de sus motivaciones, produjeron un cambio en la penalidad mediante la adopción de estrategias y de medios que tenían un impacto de tipo administrativo en el poder político<sup>1217</sup>, cuestión que puede ser reconocida ante términos y conceptos usados por el pensador francés, tales como la “economía del castigo”, la “redistribución del poder”, y en ideas como que “constituir una nueva economía y una nueva *tecnología* del poder de castigar: tales son, sin duda, las razones de este cuestionamiento del derecho penal, esencial en la reforma penal del siglo XVIII”<sup>1218</sup> [el resaltado es nuestro].

FOUCAULT expone una idea interesante, y que consiste en expresar las relaciones entre una construcción social y política determinada, y la penalidad, de tal modo que la primera, o bien, afecta a la segunda de modo directo o de modo indirecto. De modo directo: al usar la penalidad como un *topos* dentro de esa construcción, al cual se asignan funciones o se le adjudican roles que respondan a ella; de modo indirecto: al producirse condicionamientos, reflejos, influencias de la construcción político-social en la penalidad.

Esta idea que el autor de algún modo generaliza y extiende de las mismas reflexiones de RUSCHE y KIRCHHEIMER sobre las penas<sup>1219</sup>, nos sugiere encontrarse con el concepto de “ingeniería social”.

Para POPPER, la *ingeniería social* puede clasificarse en dos: la “ingeniería social utopista” y la “ingeniería social gradual”. En términos resumidos, mientras la primera busca la conversión radical de la sociedad, y a la que identifica con la sociedad pensada por Platón y modernamente en Marx, la ingeniería social gradual, ha de ser una que busca una reforma social más que nada, basado en la idea que para todo sistema nuevo a reemplazar por otro, debieran igualmente desaparecer las personas que lo modifican, porque traen consigo sus propias normas y costumbres del sistema que se reemplaza. Es algo como lo que señala ŽIŽEK:

“El ingeniero social –según POOPER- no se plantea ningún interrogante acerca de la tendencia histórica del hombre o de su destino, sino que lo considera dueño del mismo, es decir, capaz de influir o modificar la historia exactamente

<sup>1217</sup> Vid. FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, [trad. ALBERTO GONZÁLEZ TROYANO], Letra e, Buenos Aires, 1992; FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, [trad. ALFREDO TZVEIBEL], Caronte Ensayos, Editorial Altamira, Buenos Aires, 1992; FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, [trad. ENRIQUE LYNCH], Gedisa, México D.F., 1986; FOUCAULT, MICHEL, *La Vida de los hombres infames*, [trad. JULIA VÁRELA Y FERNANDO ÁLVAREZ-URÍA], Caronte Ensayos, Editorial Altamira, La Plata, 1996; FOUCAULT, MICHEL *Nietzsche, Freud y Marx*, [trad. CARLOS RINCÓN], Ediciones “El cielo por Asalto”, Buenos Aires, 1995; FOUCAULT, MICHEL, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, [trad. JOSÉ VÁZQUEZ PÉREZ], Ediciones Pre-textos, Valencia, 1988; FOUCAULT, MICHEL, “¿Qué es la crítica?” *Revista de Filosofía*, N° 11, 1995 [Disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/15896/1/davila-critica-aufklarung.pdf>], [fecha de visita: 29/05/2011].

<sup>1218</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, [trad. AURELIO GARZÓN DEL CAMINO], Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2002, p. 76.

<sup>1219</sup> Vid. RUSCHE GEORG; KIRCHHEIMER, OTTO, *Pena y estructura social*, [trad. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ], Colección Pensamiento jurídico contemporáneo, Temis, Bogotá, 1984.

de la misma manera en que es capaz de modificar la faz de la tierra. El ingeniero social no cree que estos objetivos nos sean impuestos por nuestro marco histórico o por las tendencias de la historia, sino por el contrario, que provienen de nuestra propia elección, o creación incluso, de la misma manera en que creamos nuevos pensamientos, nuevas obras de arte, nuevas casas o nuevas máquinas. A diferencia del historicista, quien cree que sólo es posible una acción política inteligente una vez determinado el curso futuro de la historia, el ingeniero social cree que la base científica de la política es algo completamente diferente; en su opinión, ésta debe consistir en la información fáctica necesaria *para la construcción o alteración de las instituciones sociales*, de acuerdo con nuestros deseos y propósitos (...) el ingeniero social toma como base científica de la política una especie de *tecnología social*<sup>1220</sup> [el resaltado es nuestro].

ŽIŽEK ya esboza claramente en qué consiste la ingeniería popperiana sobre las instituciones y su acción sobre la modificación de las mismas: su creencia en la modificación de la historia, que por lo demás es un principio básico de la ilustración, le hace coincidir con su propósito de una reforma social dirigida, conducida, diseñada.

No debería entonces extrañarnos que POOPER hable de ingeniería social como reforma, en el entendido que su fundamento teórico desde el cual habla es la ilustración y la recuperación de los valores ilustrados. Tampoco debería extrañarnos el coincidir de algún modo con el perfil de las observaciones de FOUCAULT sobre la reforma ilustrada y del pensamiento posterior, y su modelamiento político basado en la disciplina, la vigilancia y el control.

Por ende, y según esta línea de razonamiento deberíamos tener como punto de partida una hipótesis, y ésta es que la ilustración toda es una forma de ingeniería social, y aún más y de forma más amplia, *que el desarrollo político de la modernidad entera consistiría en tal ingeniería*<sup>1221</sup>.

En efecto, como las nuevas relaciones de producción burguesa requerían a su vez de nuevas formas sociales y como la mercancía reduce la naturaleza a una cosa que el hombre modifica y valora, a la propia vida social habría de someterse y delinear su curso según el ideario burgués<sup>1222</sup>. Tal diseño, como incidiría en todos los aspectos políticos y sociales, no podrían no afectar directa o indirectamente la penalidad, como lo mencionamos. Ello no debería ser motivo de disputa, si se entiende que el derecho penal se expresa como una suerte de subconjunto de la conformación social general, como, y

<sup>1220</sup> POPPER, KARL, *La sociedad abierta y sus enemigos*, [trad. Norberto Rodríguez Bustamante], Paidós, Barcelona, 2006, pp. 37-38.

<sup>1221</sup> Por *modernidad* entenderemos aquí (y así se entenderá de aquí en adelante), la fase histórica que comienza con el llamado "Descubrimiento de América", siguiendo con ello la tesis de la interpretación marxiana. "La moderna sociedad burguesa –señala MARX y ENGELS– que se alza sobre las ruinas de la sociedad feudal"; "El descubrimiento de América, la circunnavegación de África abrieron nuevos horizontes e imprimieron nuevo impulso a la burguesía. El mercado de China y de las Indias orientales, la colonización de América, el intercambio con las colonias, el incremento de los medios de cambio y de las mercaderías en general, dieron al comercio, a la navegación, a la industria, un empuje jamás conocido, atizando con ello el elemento revolucionario que se escondía en el seno de la sociedad feudal en descomposición" (MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, *Manifiesto Comunista*, p. 31). Igualmente en DUSSEL quien señala que habría un "primer momento de la "constitución histórica" de la Modernidad" entre 1492, fecha del "descubrimiento de América" y 1636, "momento en el que Descartes expresa definitivamente el *ego cogito* en el Discurso del Método" [énfasis del autor] (DUSSEL, ENRIQUE, 1492: *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del "mito de la modernidad"*, Colección Academia, La Paz, 1994, p. 11; DUSSEL, ENRIQUE, *Política de la liberación*, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 21-23). Vid. igualmente DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación (en la edad de la globalización y de la exclusión)*, Colección estructuras y procesos, Filosofía, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

<sup>1222</sup> Vid. MARX, CARLOS, *El Capital*, [trad. CRISTIAN FAZIO], Tomo I, Libro I, 1º edición, LOM, Santiago de Chile, 2010; NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Más allá del bien y del mal*, [trad. ANDRÉS SANCHEZ PASCUAL], Biblioteca de autor, 1º edición, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

según la *teoría de sistemas sociales*, un subsistema del sistema social produciéndose recursividad del primero por razón del último. Pero es un poco menos funcional que eso y más amplio: consiste en la reproducción de la ideología, y con ello de sus usos y prácticas.

Dichas incidencias demostrarían, en primer lugar, las relaciones existentes entre la política y la penalidad, y segundo, que según cómo se han diseñado aquéllas, así y del mismo modo condicionan o repercuten ésta. Por ende, si podemos determinar el tipo de diseño, podríamos llegar a determinar los tipos de condicionamientos y repercusiones de la política en la penalidad.

Ello tiene un objetivo final en el estudio: *determinar las formas de repercusión del diseño político-social en la penalidad implicaría determinar cómo ellas afectan a la penalidad en su aumento o disminución.*

Con el objetivo de abordar el estudio en cuestión, será imprescindible determinar un concepto de lo que entenderemos por *política*, ya que él será manejado y utilizado en el resto de este texto.

Posteriormente señalaremos de qué modo se expresa este diseño, y básicamente el objetivo de este diseño y de los instrumentos para alcanzarlo. A riesgo de reduccionismo (que se evita en la intención), se pretende centrar el examen en el objetivo que nos parece más relevante, y de los instrumentos que condicionan de modo radical la construcción político-penal.

Las lecturas estarán basadas –pidiendo la indulgencia del lector por la falta de sincronización del concepto– en la “politología” de las épocas tempranas de la modernidad, como lo representan fundamentalmente y para nuestro estudio, los textos de MAQUIAVELO, HOBBS, MONTESQUIEU, y por su entronque con esas ideas y su aplicación a la penalidad, BECCARIA.

## II. CONCEPTO DE “POLÍTICA”.

### 1. RANCIÈRE Y LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LA “LÓGICA POLICIAL” Y LA “HETEROLOGÍA POLÍTICA”

RANCIÈRE, por ejemplo, dirige su crítica a la democracia como modelo, sobre todo del paradigma griego antiguo, ya que según él, la democracia griega supuso una nueva concepción de sociedad, donde el pueblo se incluye en ella detentando igualmente la libertad, pero despojada de la posesión de atributos y de la propiedad<sup>1223</sup>. Así, las relaciones sociales habrían de ser desiguales, reflejando siempre aquellos que forman parte pero sin parte<sup>1224</sup>.

Los órdenes democráticos actuales serían ficticios, ya que la igualdad sería subvertida por quienes tienen parte en las decisiones, produciéndose la política “cuando hay una parte de los que no tienen parte (...) cuando el orden natural de la dominación es interrumpido por la institución de una parte de los que no tienen parte”<sup>1225</sup>. Los grupos de poder niegan este derecho, cuestión que viene a constituirse luego institucionalmente y

---

<sup>1223</sup> “la riqueza de los pocos (*los oligoi*); la virtud o la excelencia (*areté*) que da su nombre a los mejores (*aristo*); y la libertad (*la eleutheria*) que pertenece al pueblo (*demos*)” (RANCIÈRE, JACQUES, *El desacuerdo*, p. 19)

<sup>1224</sup> *Ibíd.*, pp. 20-23.

<sup>1225</sup> *Ibíd.*, p. 25.

como conjunto de prácticas en “la policía”<sup>1226</sup>, y por ende, surge la tensión cuando ambos enfrentan posiciones.

RANCIÈRE para definir la Política, recurre a algunos conceptos que juegan en la realidad política. Estos son lo político, la política -y como ya pudo verse- la policía. Éste último cuenta con partes reales, con grupos efectivos definidos por las diferencias en el nacimiento, las funciones, los lugares y los intereses que constituyen el cuerpo social, con exclusión de todo suplemento”<sup>1227</sup>; es el gobierno, que es el que “consiste en organizar la reunión de los hombres en comunidad y su consentimiento, y descansa en la distribución jerárquica de lugares y funciones”<sup>1228</sup>. “La política”, emancipación o proceso de igualdad, “es una parte de los sin-parte”<sup>1229</sup>, “consiste en el juego de prácticas guiadas por la presuposición de la igualdad de cualquiera con cualquiera y de la preocupación por verificarla”<sup>1230</sup>. Busca refigurar y transformar los espacios definidos por la policía, y hacerlos espacios de manifestación de los sujetos sea el pueblo, los ciudadanos, los trabajadores.

Las verdaderas formas de gobierno en la Grecia antigua, eran en realidad la aristocracia (virtud) y la oligarquía (riqueza). En este reparto, la libertad era para el demos, esto es, la no participación en el mando, con lo que la lógica normal es la de que unos actúan sobre otros que tienen disposición específica a padecer, una superioridad determinada sobre una inferioridad determinada”<sup>1231</sup>. La democracia sería una ausencia de título para gobernar, la suerte, la ausencia de reciprocidad con el mando, que es el pueblo en general, por lo que es ruptura de la lógica del mandato, como excedente del cuerpo social, un vacío. Sería a la vez “an-arquía” como ausencia de legitimidad del poder, y desincorporación del cuerpo divino y humano del rey. La democracia tendría su inicio con la muerte del rey. Los totalitarismos se constituyen en la pretensión de ser herederos de esa trascendencia del cuerpo del rey. Como la democracia es ausencia y vacío, supone entonces que es excepción a las lógicas de dominación.

Por tanto, la democracia no sería para el autor francés una forma de gobierno, sino “la institución misma de la política”<sup>1232</sup> [resaltado es nuestro]. Son los que no tienen parte, los excluidos, que operan no en tanto poder, sino en cuanto acción colectiva que lucha contra el poder instituido (lógica policial) para crear espacios nuevos.

Además señala que existe un *topos*, un lugar de encuentro entre la policía y la política, encuentro que en todo caso es heterogéneo y problemático, la lucha de los sin parte con quienes tienen el poder, un desacuerdo que es litigio por lo que se entiende por sociedad. Éste es “Lo político” y se constituye en el terreno de encuentro, en la “escena donde la verificación de la igualdad debe tomar la forma de tratamiento de un daño”<sup>1233</sup>, es

---

<sup>1226</sup> Esto constituye la idea clásica de política, esto es, “procesos mediante los cuales se efectúan la agregación y el consentimiento de las colectividades, la organización de los poderes, la distribución de los lugares y funciones y los sistemas de legitimación de esta distribución”, pero es lo que el autor conceptualiza como policía en oposición a la política. Así la policía “es, en su esencia, la ley, generalmente implícita, que define la parte o la ausencia de parte de las partes...define las divisiones entre los modos del hacer, los modos del ser y los modos del decir...es un orden de lo visible y lo decible que hace que tal actividad sea visible y que tal otra no lo sea, que tal palabra sea entendida como parte perteneciente al discurso y tal otra al ruido”. Vid. *Ibíd.*, pp. 43-44.

<sup>1227</sup> *Ibíd.*, p. 70.

<sup>1228</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>1229</sup> *Ibíd.*, p. 70.

<sup>1230</sup> *Ibíd.*, p. 17.

<sup>1231</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>1232</sup> RANCIÈRE, JACQUES, *Política, policía y democracia*, [trad. MARÍA EMILIA TIJOUX], LOM, Santiago de Chile, 2006, p. 65.

<sup>1233</sup> *Ibíd.*, p. 18.

un lugar polémico (o donde se da la polémica) de la demostración de la igualdad (“heterología política”), donde tiene lugar el proceso entre la policía y la emancipación.

En segundo lugar, en dicho proceso, opera la “lógica policial” de la policía, según la cual:

- 1) No es represión ni control, sino que es una parte el “reparto de lo sensible”<sup>1234</sup>. En este reparto habría de corresponderle lo que separa y excluye.
- 2) Pretende invisibilizar *la* política. Parte de dicha invisibilización es atribuirle, rotularle al *demos*, un poder, que en realidad no tiene en tanto título para gobernar.
- 3) La policía ni siquiera niega la igualdad, sino que la “daña”.
- 4) Invoca categorías contra la igualdad.
- 5) Actualiza lo propio de la comunidad para transformar las reglas del gobierno en leyes universales.
- 6) Es hegemónico.
- 7) Impone o fija una identidad desde la hegemonía.
- 8) Determina nombres exactos que asignen la gente en su lugar y sus trabajos, de tal modo que no exista ningún vacío, con lo cual se excluye “lo que no hay” convirtiéndose en la práctica estatal por excelencia.
- 9) Su método de interpretación es la metapolítica, que es la interpretación de la política desde el punto de vista de la policía. Hoy la metapolítica es la siguiente: “Nos dice que el hombre y el ciudadano se confunden en la figura del individuo liberal, que goza naturalmente de los valores universalistas de los derechos del hombre, encarnados en las instituciones de nuestras democracias”<sup>1235</sup>.

En tercer lugar y en este proceso, *la* política o emancipación, opera según la “lógica de la emancipación” o “heterología política”, que se basa en lo siguiente:

- 1) “La política se opone específicamente a la policía”<sup>1236</sup>.
- 2) En el reparto de lo sensible habría de corresponderle lo que hace participar.
- 3) Pretende hacerse visible en oposición a la pretensión de la policía, aunque su intervención sea primero sobre lo visible y lo enunciable.
- 4) Es, como su nombre lo dice, heteróloga, esto es, asume la lógica del otro, de alguien, se asume como pertenencia a un outsider (u “outcast” como lo llama RANCIÈRE), a un marginado, a buenas cuentas.
- 5) Pretende perturbar la asignación de nombres y roles, y la ausencia de vacío, suplementándolo con los marginados con quien se identifica como parte del todo de la comunidad.
- 6) Tiene por objeto “demostrar” un “universal” político como es la igualdad, tanto a través del discurso como de la acción política.
- 7) Tal universal se demuestra no al invocar la igualdad sino al preguntarse si pertenece a esa categoría y de qué modo (“¿qué es lo que resulta de eso?”<sup>1237</sup>) este proceso de demostración del universal político ‘igualdad’, es el de subjetivación política o lógica de la subjetivación.
- 8) Tal lógica de la subjetivación es una heterología.

---

<sup>1234</sup> “Llamaremos reparto de lo sensible a la ley generalmente implícita que define las formas del tener-presente definiendo primero los modos perceptivos en los cuales se inscriben (...) es el recorte del mundo y de mundo” (Ibíd., p. 70).

<sup>1235</sup> Ibíd., p. 24.

<sup>1236</sup> Tesis 7, primera parte, de las “Diez tesis sobre política”, Ibíd., p. 70.

<sup>1237</sup> Ibíd., p. 20.

9) Se basa en tres “determinaciones de alteridad”<sup>1238</sup>:

- i. La afirmación y negación a la vez, de identidad política, fijada o impuesta por la lógica policial.
- ii. Pretende la demostración de la alteridad o del otro.
- iii. Admite identificación imposible.

Hoy por hoy, los sistemas de gobierno no son democracias sino sistemas representativos de origen oligárquico, donde existe una alianza con la oligarquía económica para que el primero se haga cargo de la cosa pública. Los sistemas democráticos representativos supondrían delegación de tiempo corto a mandatarios sin renovación e incompatibles con otros cargos públicos o interés privado, por ello los primeros no pueden ser democráticos. Los sistemas de gobierno, bajo la lógica descrita, intentan eliminar la política, y que la lógica policial sea la que se atribuya lo político.

## 2. CASTORIADIS Y LAS DIFERENCIAS ENTRE LA POLÍTICA Y LO POLÍTICO

CASTORIADIS fuera de considerar el paradigma griego como punto de partida<sup>1239</sup>, pero de un modo no crítico como en el caso de RANCIÈRE, concuerda con éste en la clasificación entre *la política* y *lo político*.

“La política” ha de ser “una actividad lúcida y reflexiva que se interroga sobre las instituciones de la sociedad y que, eventualmente, pretende transformarlas. Esto significa que no toma las mismas piezas para combinarlas de otro modo, sino que crea formas institucionales nuevas, lo que equivale a decir: nuevas significaciones”<sup>1240</sup>; en cambio “lo político” es “la instancia (o las instancias) instituida capaz de emitir órdenes sancionables y que ha de incluir siempre, explícitamente, a lo menos lo que llamamos un poder judicial y un poder gubernativo”<sup>1241</sup>.

Si bien señala que ambos se pueden complementar<sup>1242</sup>, el desarrollo de “la política” “es un momento y una expresión del proyecto de autonomía: no acepta pasiva y ciegamente lo que ya está allí, lo que fue instituido, sino que lo vuelve a cuestionar. Y lo que está cuestionado puede ser la “constitución” o un conjunto de leyes.

Pueden ser asimismo las representaciones colectivas dominantes en el mundo, la sociedad, la verdad o los valores”<sup>1243</sup>. Tal participación es de modo pleno, no mediante “representantes” o “mediante referéndum sobre cuestiones cuyos pormenores se ha impedido conocer, sino con conocimiento de causa, de modo que se pueda reconocer las leyes como las propias leyes, aun cuando no se esté de acuerdo con su contenido, porque se ha tenido la posibilidad efectiva de participar en la formación de la opinión común”<sup>1244</sup>.

---

<sup>1238</sup> *Ibíd.*, p. 23.

<sup>1239</sup> CASTORIADIS, CORNELIUS, *El Ascenso de la insignificancia*, en especial, p. 222.

<sup>1240</sup> *Ibíd.*, p. 121.

<sup>1241</sup> *Ibíd.*, p. 219.

<sup>1242</sup> *Ibíd.*, p. 121.

<sup>1243</sup> CASTORIADIS, CORNELIUS, *Figuras de lo pensable (Las encrucijadas del laberinto VI)*, [trad. S/T], Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, p. 130.

<sup>1244</sup> CASTORIADIS, CORNELIUS, *El Ascenso de la insignificancia*, [trad. S/T], Ediciones Cátedra, Madrid, 1998, p. 217.

### 3. DUSSEL Y LA DICOTOMÍA ENTE LA POTESTAS Y LA POTENTIA

DUSSEL, por su parte, distingue entre “potentia”, que sería “el ser oculto, el poder de la comunidad misma” y la “potestas”, el “fenómeno, el poder delegado por representación, ejercido por acciones políticas a través de instituciones”<sup>1245</sup>. DUSSEL considera que el “poder en sí” esto es la unión de ambos aspectos es una “imposibilidad empírica” y por ende, aún una “existencia irrealizada”, por lo que ocurre una “escisión ontológica”, donde la voluntad consensual instituyente de la comunidad, proporciona la base para los representantes quienes ejercerán el poder “obedeciendo”, por lo cual, existe una separación “originaria, primera” entre “potentia” y “potestas”<sup>1246</sup>. Pero cuando quienes “mandan obedeciendo”, “mandan mandando”<sup>1247</sup>, se transforma en un poder óntico, donde la potestas se “fetichiza”, “se “corta”, se “separa” de su fundamento la *potentia*”<sup>1248</sup>, donde el poder se ejerce como dominación o debilitamiento de la “potentia”<sup>1249</sup>, y que puede llegar al “paroxismo de la fuerza” “como en el caso de Hitler o A. Pinochet”<sup>1250</sup>.

Comenta DUSSEL:

“el poder político se encuentra disperso *en todo el campo político* y en sistemas concretos, en la comunidad política y en todas las comunidades, asociaciones, organizaciones subalternas, como *potentia*, que se despliega regenerándolo continuamente a todas las actividades, ideologías, saberes de las diversas agrupaciones sociales y de la sociedad civil, y aun de la sociedad política, como expresión de la energía de abajo hacia arriba que emana de la pluralidad de las voluntades unidas por diversos tipos de consenso; y también como *potestas*, que se expande también a todas las instituciones (de arriba abajo) llenándolas de voluntad de participación, de fraternidad con respecto al servicio propio del ejercicio delegado del poder en todos los niveles (...), o, por el contrario, desarrollando técnicas, mecanismos, epistemologías, instituciones de control, de dominio, de debilitamiento de la *potentia* –nivel en el que se sitúa M. Foucault, dando importancia casi exclusiva al poder como dominación”<sup>1251</sup> [el resaltado es nuestro].

Para DUSEEL el poder político de modo homogéneo y sin diferenciación, lo estima como “anterior a toda exteriorización”, como un “poder en sí”. Es la existencia todavía irrealizada; es una imposibilidad empírica. Sería el caso de una comunidad en el ejercicio de la democracia directa que determinaría en cada instante todas las mediaciones para la vida y todos los procedimientos unánimes de las tomas de decisiones. Como esto es imposible, acontece la escisión ontológica originaria, primera”<sup>1252</sup>, entre *potentia* y *potestas*. “Una comunidad política –afirma DUSSEL- está constituida por una pluralidad de voluntades, de actores motivados por múltiples intereses particulares, pero en tanto comunidad tienden primeramente y en último término al mutuo mantenimiento y aumento de la vida humana de todos”<sup>1253</sup>. En este escenario la comunidad política no es el Estado,

<sup>1245</sup> DUSSEL, ENRIQUE, *Política de la liberación*, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 59.

<sup>1246</sup> *Ibíd.*, p. 61.

<sup>1247</sup> *Ibíd.*, pp. 61-62.

<sup>1248</sup> *Ibíd.*, p. 61.

<sup>1249</sup> *Ibíd.*, p. 62.

<sup>1250</sup> *Ibíd.*, p. 61.

<sup>1251</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>1252</sup> *Ibíd.*, p. 61.

<sup>1253</sup> *Ibíd.*, p. 134.

ya que es el primero quien da forma al segundo y lo dota de poder<sup>1254</sup>, poder que significa no sólo fuerza, sino también consenso<sup>1255</sup>.

La *potentia*, es el poder consensual de la comunidad política<sup>1256</sup>, y como “voluntad consensual instituyente: se da instituciones para que mediata, heterogénea, diferenciadamente pueda *ejercerse* el poder”<sup>1257</sup>. El poder se detenta porque la comunidad se encuentra “previamente aunada en la coordinación directa y orgánica de sus voluntades por el acuerdo con las razones dadas a través de procesos argumentativos”<sup>1258</sup>.

Como resultado de la escisión originaria, surge la *potestas*, como un poder político “segundo, como mediación, institucionalizado, por medios de representantes”<sup>1259</sup>, como poder instituido<sup>1260</sup>.

Es así como DUSSEL define el poder político como “una facultad de la comunidad política (*potentia*), de todos sus miembros, y como tal inalienable y permanente. Para el ejercicio delegado empírico de dicho poder (*potestas*) es necesario su diferenciación, que consiste en la *escisión institucional* de las diversas funciones requeridas para la sobrevivencia legítima de la comunidad, para su factibilidad empírica”<sup>1261</sup> [el resaltado es nuestro]

Sin embargo, la forma en que han de relacionarse ambas, es lo que finalmente determina la especie de poder político ejercido. El fundamento del ejercicio de la *potestas*, o “*de los que mandan*”, se extrae necesariamente desde abajo, de la *potentia*, con lo cual los que mandan ejercen un “poder obediencial”, esto es que “mandan obedeciendo a la *potentia*”<sup>1262</sup>. Este poder obediencial, es realmente el poder ejercido sin que se constituya en violencia política<sup>1263</sup>, puesto que está basado en el consenso. Tal poder consensual de la comunidad política, “existe realmente cuando empíricamente se da la unión de las voluntades por los acuerdos discursivos (implícitos o explícitos). Las medicaciones, originada en la escisión entre la *potentia* de la comunidad y las instituciones creadas para su ejercicio delegado empírico (*potestas*), deben ser suficientemente diferenciadas para permitir la permanencia y el desarrollo de la vida comunitaria de los ciudadanos”<sup>1264</sup>. Esta *potestas* así, es ejercida obediencialmente en un caso, que el de “poder hegemónico”, que es el “ejercicio empírico del poder delegado en las estructuras de gobierno, del Estado (poder instituido) en cuanto hay consenso suficiente de la comunidad política”. Sólo en el caso de la comunidad política y del poder hegemónico, se entiende por el autor ejercer el poder “con justicia y legitimidad”, y donde la fuerza es poder político en sentido pleno y positivo<sup>1265</sup>.

Esta coherencia se pierde en las formas corruptas de poder, como es el “poder como dominación” y el poder como violencia pura. En ambos se produce un “desdoblamiento” entre la *potentia* y la *potestas*, una “escisión” donde se producen “alejamientos que pueden terminar en definitiva negación de su fuente creadora

---

<sup>1254</sup> Ibíd., p. 117.

<sup>1255</sup> Ibíd., p. 156.

<sup>1256</sup> Ibíd., p. 132.

<sup>1257</sup> Ibíd., p. 61.

<sup>1258</sup> Ibíd., p. 143.

<sup>1259</sup> Ibíd., p. 61.

<sup>1260</sup> Ibíd., p. 147.

<sup>1261</sup> Ibíd., p. 201.

<sup>1262</sup> Ibíd., p. 61.

<sup>1263</sup> Ibíd., p. 144.

<sup>1264</sup> Ibíd., p. 147.

<sup>1265</sup> Ibíd., p. 148.



[comunidad política], perdiendo la regeneración<sup>1266</sup> [énfasis suplido]. El “poder como dominación” es una *potestas* o “poder fetichizado”<sup>1267</sup>, donde el “ejercicio de la fuerza por parte de minorías influyentes de un poder aceptado como legítimo, cuanto se ha logrado algún tipo de consenso en las mayorías, y donde el ejercicio de la coacción de Estado es usada por la autoridad del gobierno ambiguamente con respecto a los intereses de la mayoría de la comunidad política, la que, por su parte, no tiene conciencia ilustrada de una tal dominación”<sup>1268</sup>. Ejemplos de este segundo caso sería el Estado liberal. En este segundo caso, no existe un poder delegado, sino más bien autoreferente donde la autoridad o el representante se arroga el derecho de ser la última palabra o la última sede del poder político. “Esta corrupción ontológica del poder es todavía poder político, pero como traición de la *potestas* a la *potentia*”<sup>1269</sup>.

El poder como violencia pura se produce cuando hay solo ejercicio de la fuerza como coacción pura del Estado, donde no sólo se perdió el consenso sino la utilización de la represión para evitar el renacimiento del poder consensual de la comunidad política, y donde el poder viene desde arriba y desde fuera. Este es el caso de las dictaduras militares<sup>1270</sup>.

Tratándose del sistema de representación político, DUSSEL afirma que los sistemas de democracia directa son empíricamente imposibles debido al número de ciudadanos, transformando a aquel en un ideal, como una estrella orientadora en la navegación, pero que deviene en un postulado de considerar los sistemas actuales como imperfectos, y donde su legitimidad no sea dada por cumplir con esta democracia directa sino por remediar su imposibilidad de acercamientos tolerables, traducibles como medios en su “justicia participativa, por su gobernabilidad, estabilidad, capacidad de negociar conflictos”<sup>1271</sup>. Es así como se producen las democracias representativas, donde si bien no es posible lograr una identidad empírica entre representante y representado (cuestión que se verifica en que el representante expresaría la voluntad del representado de forma puntual en cada caso, informes instantáneos de la gestión), se deberá ensayar “instituciones complementarias que se acerquen al ideal de la identidad representante/representado”, de tal modo de disminuir las distancias entre representante y representado mediante el mejoramiento de la mediación a través de dichas instituciones. “Tiene mayor legitimidad –señala DUSSEL- el representante que permite a sus representados poseer *casi tanta información como el propio representante*, a fin de que el ciudadano representado pueda tener plena conciencia de los procesos de decisión de los cuerpos de representantes”<sup>1272</sup> [el destacado es nuestro].

#### 4. OBSERVACIONES

En general, gran parte de la politología moderna de base crítica (base que, como bien ya se sabe, es desde donde desplegamos nuestro estudio completo), hace referencia al poder político como una duplicidad, reducido por ende a dos esferas que representan, para una, el poder político de la comunidad, y para la otra, el poder efectivamente ejercido. El primero es más bien una condición que surge con la construcción social

---

<sup>1266</sup> Ibid., p. 145.

<sup>1267</sup> Ibid., p. 144, p. 148.

<sup>1268</sup> Ibid., pp. 147-148.

<sup>1269</sup> Ibid., p. 144.

<sup>1270</sup> Ibid., p. 145, p. 148.

<sup>1271</sup> Ibid., p. 416.

<sup>1272</sup> Ibid., p. 417.

comunitaria, mientras que la segunda es más bien, un predicado de lo institucional. La primera es una cierta detentación o pertenencia del poder de forma ciudadana o popular, en cambio la segunda es un nivel institucional al que no claramente responde la primera para darle contenido. Así, con mayor o menores diferencias y particularidades, caracteriza RANCIÈRE aquellas como “la política” para el primer concepto, y “la policía” para el segundo<sup>1273</sup>; en CASTORIADIS como “la política” para el primero, y “lo político” para el segundo<sup>1274</sup>; y en DUSSEL como “potentia” para aquél, y “potestas” para éste<sup>1275</sup>.

En los tres autores existe una cierta tensión entre ambos aspectos, fundamentalmente por existir una cierta escisión entre ellos y relativo a la generación de la política en la base de la comunidad. Esto, de algún modo, dice relación con la dinámica de los procesos políticos, particularmente en relación a estas dos fuerzas, que no es sino la dialéctica de aquéllas, y que se debaten en un *topos*, como diría RANCIÈRE: la existencia de un espacio político en el cual se expresan dos fuerzas que se encuentran, en combinación u oposición.

La unidad del espacio político, entendiéndolo como una sola expresión, es básicamente imposible, por las correlaciones de fuerzas existentes en la sociedad, y porque la existencia del poder y su voluntad asimismo están expresadas en la sociedad por ser connaturales al ser humano, y juegan su rol en la dinámica del control y del poder.

Por otro lado y del mismo modo, es comprobable de cómo ese poder juega este rol, a través de la genealogía previa sobre la construcción moderna de lo político que hemos expuesto, y de cómo las relaciones de fuerza nunca son homogéneas y armónicas (RANCIÈRE).

El espacio político así, está representado por las fuerzas de la política y de lo político que interactúan conflictivamente, dialécticamente, en un desarrollo de tensiones, algunas veces en actitud pasiva la política, o influyendo lo político para la expresión pasiva de la política, y por ende, se “manda mandando” más que obedeciendo, en otras, reticulándose pero con primacía de lo político sobre la política. Este escenario no es diferente de lo que sucede en las democracias representativas modernas, no muy lejos de sus contornos.

Básicamente el fundamento metodológico para los análisis siguientes, fuera de considerar las otras posiciones, será la de RANCIÈRE, pero utilizaremos para representar cada proceso, no como la “política” y lo “político” aunque aludan obviamente a ellas, sino que a la primera denominaremos con la misma designación del filósofo francés como “heterología política” y al segundo como “lógica policial”; ello, para evitar la confusión en el lector, y para dar cuenta del proceso y de la operación de ambos aspectos en la sociedad. El término “lo político”, se utilizará en el mismo significado del autor francés, o referido simplemente como “político”.

Cuando hablemos de “poder político” en lo sucesivo, indicará el ejercicio efectivo y en cuanto dirección y mando, lo que nos conduciría sobre los pasos, por la moderna detentación burguesa del poder, de la lógica policial.

---

<sup>1273</sup> Pass. RANCIÈRE, JACQUES, *El desacuerdo*, [trad. S/T], Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1996, pp. 30 y ss.

<sup>1274</sup> Pass. CASTORIADIS, CORNELIUS, *El Ascenso de la insignificancia*, en especial, pp. 121 y ss.

<sup>1275</sup> Pass. DUSSEL, ENRIQUE, *Política de la liberación*, Vol. II, en especial, pp. 59 y ss.

### III. CONSERVACIÓN DEL PODER: FUNDAMENTO DEL SENTIDO DEL PODER POLÍTICO

*Il principe* de MAQUIAVELO<sup>1276</sup>, es en sí mismo y como expresión de un discurso, una técnica de adquisición, y sobre todo, de conservación del poder<sup>1277</sup>. Si bien hace uso de la descripción, y por ende, de la constatación de datos<sup>1278</sup>, no deja de ser expresado como una propuesta política, en razón de su naturaleza particularísima de ser “espejo de príncipes”<sup>1279</sup>, de exponer remedios a las situaciones contrarias a la conservación del poder<sup>1280</sup>, y de entenderse él mismo autor como un cartógrafo en esta materia<sup>1281</sup>, y por ende, un indicador de los puntos cardinales hacia dónde dirigirse en el desenvolvimiento del poder político. En efecto, y baste recoger para lo dicho su objetivo de análisis, esto es los principados y “cómo se pueden gobernar y mantener”<sup>1282</sup>, cuestión centrada más que en la conquista –aunque la comprende<sup>1283</sup>–, en la conservación de la conquista<sup>1284</sup>.

Para MAQUIAVELO el poder político parece ser un acto de defensa en su inicio, y una necesidad ante la ambición de otros<sup>1285</sup>. Por ello sea que tal vez, lo contrario de la conservación del poder, MAQUIAVELO lo sitúa en la rebelión<sup>1286</sup>, en el tumulto o asonada<sup>1287</sup>, con lo cual expresa una tensión entre dos puntos: poder político/rebelión.

Sin embargo es interesante despejar cuál es el tipo de rebelión a que se refiere ya MAQUIAVELO, o más bien a cual se debería temer. En *Il principe*, uno de los objetivos del príncipe es que se gane a los menos fuertes sin aumentar su poder, empequeñecer a los poderosos y no consentir que en dichos territorios adquiriese reputación ningún señor extranjero<sup>1288</sup>. Esta idea es una constante, por ejemplo, cuando se trata el tema de las colonias y la escasa fuerza a presentar por quienes son despojados de sus pertenencias. De igual modo en el *Discorsi*, se afirma que la vida disipada de los monarcas, produjeron “desórdenes, conspiraciones y atentados contra los soberanos, tramados, no por los humildes y débiles, sino por los que sobrepujaban a los demás en riqueza, generosidad,

---

<sup>1276</sup> Si bien *Il principe* será el texto de base, igualmente son textos que alimentan su politología *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio* (“Discurso sobre la primera década de Tito Livio”), *il Riformare lo Stato di Firenze* (“Sobre la reforma del Estado de Florencia”), o *Dell'arte della guerra* (“El arte de la guerra”).

<sup>1277</sup> Cfr. SCHENONI, LUIS LEANDRO “El concepto de lo político en Nicolás Maquiavelo”, *Andamios, Revista de Investigación Social*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Diciembre, Nº 7, 2007, pp. 207-226, p. 210.

<sup>1278</sup> Señala ARRILLAGA: “Maquiavelo establece un corte radical en la aproximación habitual al fenómeno político. Al elaborar lo que eufemísticamente podría ser denominado un «manual» para el comportamiento político de príncipes y otros sujetos gobernantes en orden a la conquista y mantenimiento de territorios y del poder, lo está haciendo, en la práctica, conforme a los dictados de la experiencia, sin apelar a grandes principios ni desarrollar cualquier clase de explicación trascendente. El se limita, en ocasiones con naturalidad asombrosa, conmovedora y desarmante, a describir algunas de las operaciones esenciales o modos de actuar que el político con potencia ha de practicar si quiere obtener éxitos (ARRILLAGA ALDAMA, LUIS, “Maquiavelo: El poder que fue y no pudo ser”, *Revista de estudios políticos*, Nº 38, 1984, pp. 215-238, p. 225).

<sup>1279</sup> ARTAZA, MANUEL M<sup>a</sup> DE, “Estudio Preliminar”, p. 31.

<sup>1280</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, [trad. FERNANDO DOMÈNESCH REY], Ediciones Istmo, Madrid, 2000, p. 72.

<sup>1281</sup> *Ibíd.*, p. 68.

<sup>1282</sup> *Ibíd.*, p. 69.

<sup>1283</sup> *Ibíd.*, pp. 70-71.

<sup>1284</sup> En cuanto mantención del poder por los medios en que fue ganada, *Ibíd.*, p. 127.

<sup>1285</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, p. 62.

<sup>1286</sup> Como los desórdenes y miedos a desórdenes futuros, como una gravedad de difícil curación (MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 75); o la tensión entre la conservación del poder y las revueltas (*Ibíd.*, pp. 80-81).

<sup>1287</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, p. 93.

<sup>1288</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 75.

nobleza y ánimo valeroso, que no podían sufrir la desarreglada vida de los monarcas"<sup>1289</sup>. En las líneas siguientes del *Discorsi*, esta idea es reafirmada. La rebelión apunta más bien respecto de quienes podrían eventualmente disputar el poder, quienes eran los poderosos tras la figura de quien rigiera eventualmente, príncipe o monarca. Esto era lo que visualizaba MONTESQUIEU de los nobles, y del caso del dictador romano Marco Menenio queda explicitada la opinión: de la colisión entre intereses de nobles y plebeyos, entre quienes poseen y quienes no, la ambición se encuentra en los primeros. Cuanto más se tiene, más miedo se tiene a perder y más agitación se provoca; "cuanto más poderoso mayor es la influencia y mayores los medios de abusar", "los modales altivos e insolentes de los nobles excitan el ánimo de los que nada tienen, no sólo el deseo de adquirir, sino también el de vengarse de ellos, despojándoles de riquezas y honores que ven mal usados"<sup>1290</sup>. En este nivel de razonamiento, la venganza es secundaria, principal en cambio es la altivez e insolencia provocadora de la nobleza.

En la libertad existe una contrariedad en el poder político de un principado. En efecto, como los tres estados posibles son el principado, la libertad y la anarquía<sup>1291</sup>, la libertad concebida dentro de un estado de principado, aparece como inconciliable, como estados diferentes. Si en la conquista el Príncipe, en "ciudad acostumbrada a vivir libre y no la destruye, que se prepare a ser destruido por ella; pues, para rebelarse, siempre se escudará en nombre de la libertad y en sus antiguas instituciones, cosa que no se olvidan jamás ni con el paso del tiempo ni con los beneficios recibidos"<sup>1292</sup>. La forma del poder político así, en un principado, en comparación a la libertad, se presentan como diferentes, ya que la libertad arraigada, es un fenómeno que debe ceder y ser, hasta cierto punto, extirpado, para poder imponerse el poder político del Principado, a lo menos, mediatizado por el príncipe.

La libertad, en tanto aspiración popular, se produce por dos tipos de causas: porque se quiere o mandar, o vivir seguros. El desear mandar sólo lo tienen unos pocos, a lo que el príncipe debe responder, o eliminándolos, o dándole cargos y honores; a los que quieren vivir seguros, que son los más, buenas instituciones y leyes que garantice sus derechos<sup>1293</sup>. De dejar un pueblo libre, será como un animal prisionero que se le libera, y que en vez de buscar pasto y refugio, vuelve sobre sus instintos salvajes<sup>1294</sup>. De ahí que la exposición a un estado de libertad semejante, se evita<sup>1295</sup>.

Es así como el poder político del príncipe, no se deriva sino de la conquista, natural e ineludible, ya que "son cosa muy natural y normal las ansias de conquista"<sup>1296</sup>. El *ego conquiro* así es reafirmado, perpetuado y hecho constante en la conservación del poder, y como conservación de la conquista que se mantiene sin el uso de la crueldad constante, como en una conquista<sup>1297</sup>, sino de forma calculada. "La crueldad y los agravios

<sup>1289</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", p. 65.

<sup>1290</sup> *Ibíd.*, p. 70.

<sup>1291</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 99.

<sup>1292</sup> *Ibíd.*, p. 83.

<sup>1293</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", p. 91.

<sup>1294</sup> *Ibíd.*, p. 90.

<sup>1295</sup> Interesante lo expresado por MAQUIAVELO si se recuerda lo que en postrimerías sería afirmado por los contractualistas y el estado natural: ¿forma de evitar el estado de libertad por medio de una ficción como el pacto social? ¿forma planificada de establecer un aparato teórico que permitiese suplantar la figura de un monarca, en el caso hipotético de no existir éste, y así mantener a raya cualquier rebelión? ¿forma de construcción de un aparato teórico que sirviese de contención, para entronizar de modo no visible, un grupo de poder gobernante?

<sup>1296</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 77.

<sup>1297</sup> *Ibíd.*, pp. 70-73.

de un príncipe tienen que ser de golpe (...) para que no estén al orden del día y así tranquilizar a los súbditos”<sup>1298</sup>.

Por su parte, el concepto de poder en HOBBS no difiere tanto del de MAQUIAVELO. Curiosamente HOBBS determina el poder en relación a los medios de un fin, “en sus medios presentes para obtener algún bien manifiesto futuro”<sup>1299</sup>. El poder es mayor en la medida en que se logra unificar la fuerza de varios, por ende, es mayor desde un aspecto cuantitativo. Pero cualitativamente, y para hacerse de ese poder, es necesario la sumisión de aquellos que constituirían un poder cuantitativamente mayor, donde un hombre para ello, es necesario que sea “amado o temido” para tener un medio de “asistencia y servicios de varios”<sup>1300</sup>, ya que sólo aquellos “implican aprecio”<sup>1301</sup>. “De aquí se sigue que los reyes, cuyo poder es más grande, traten de asegurarlo en su país por medio de leyes y en el exterior mediante guerras, logrando esto sobreviene un nuevo deseo: unas veces se anhela la fama derivada de una nueva conquista; otras se desean placeres fáciles y sensuales; otras la admiración o el deseo de ser adulado por la excelencia...”<sup>1302</sup>. Para evitar esto, se procede al pacto, y a la constitución del Estado.

*De los delitos y las penas*, según el mismo BECCARIA, se dirige a “los grandes monarcas, los benefactores de la humanidad que nos rigen, aman la verdad expuesta por el oscuro filósofo con un vigor no fanático”<sup>1303</sup>, y en otra frase interesante además nos despeja otra cuestión no menos interesante: su texto tiene como destinatarios “a los directores de la pública felicidad, con un estilo que aleja al vulgo no ilustrado e impaciente”<sup>1304</sup>, lo cual denota no sólo a quien se dirige, sino a quién no. La pregunta que surge es por qué se dirige a los primeros.

“La voz de un filósofo –señala BECCARIA- es demasiado débil contra los tumultos y los gritos de tantos que son guiados por la ciega costumbre; pero los pocos sabios que están esparcidos sobre la faz de la tierra me harán eco en lo íntimo de sus corazones; y *si la verdad* pudiera, entre los infinitos obstáculos que la alejan de un monarca (a pesar suyo), *llegar hasta su trono*, sepa que le llega con los votos secretos de todos los hombres; sepa que callará ante él la sangrienta fama de los conquistadores; y la justa posteridad le asignaría el primer lugar entre los pacíficos trofeos de los Titos, Antoninos y Trajanos. ¡*Feliz humanidad* si por primera vez se le dictasen tales leyes, *ahora que vemos sentarse sobre los tronos de Europa monarcas benefactores*, alentadores de las virtudes pacíficas, de la ciencias, de las artes, padres de sus pueblos, ciudadanos coronados, *el aumento de cuya autoridad constituye la felicidad de sus súbditos*, porque *suprime aquel despotismo intermedio, más cruel por menos seguro*, por el cual eran sofocados los votos siempre sinceros del pueblo, y siempre faustos cuando pueden llegar hasta el trono! Si ellos, digo, dejan de subsistir las antiguas leyes es por consecuencia de la dificultad infinita de suprimir de los errores la venerada herrumbre de muchos siglos. He aquí un motivo más para que los *ciudadanos ilustrados deseen con mayor ardor el continuo acrecentamiento de su autoridad*”<sup>1305</sup> [el resaltado es nuestro].

---

<sup>1298</sup> *Ibíd.*, p. 98.

<sup>1299</sup> HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, [trad. SARTO, E. TIerno GALVÁN Y M. SÁNCHEZ], Tecnos, Madrid, 1987, p. 108.

<sup>1300</sup> *Ibíd.*, p. 109.

<sup>1301</sup> *Ibíd.*, p. 111.

<sup>1302</sup> *Ibíd.*, p. 115.

<sup>1303</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas (d)*, p. 40.

<sup>1304</sup> *Ibíd.*, p. 40.

<sup>1305</sup> *Ibíd.*, p. 76.

El carácter programático de la obra de BECCARIA, su posición de noble y súbdito<sup>1306</sup> y partidario de un despotismo ilustrado<sup>1307</sup>, junto a las palabras claramente expresadas anteriormente, nos lleva a pensar razonadamente su inclinación por el autoritarismo político. De ahí que tengan sentido expresiones como las de TOMÁS Y VALIENTE, quien sentencia claramente: “el reformismo de Beccaria se frena y silencia en lo tocante al poder real, su contenido y su defensa. Amigo de la Ilustración, pero más amigo del poder real absoluto”<sup>1308</sup>.

De ahí que podría inferirse que la conservación del poder político es uno de los objetivos en BECCARIA al advertir de los problemas sobre la severidad de las penas, que si bien provocaría un efecto de alivio humanitario, no es menos cierto que puede que esto sea uno de entre otros efectos buscados. Baste para cerrar la expresión citada más atrás: “He aquí un motivo más para que los *ciudadanos ilustrados deseen con mayor ardor el continuo acrecentamiento de su autoridad*”.

#### IV. INSTRUMENTOS DE LA INGENIERÍA SOCIAL

##### 1. LA ESTRATEGIA EN EL PODER POLÍTICO

El carácter estratégico ya había sido estudiado por FOUCAULT, cuando la visualiza fundamentalmente en el acondicionamiento del poder de castigar por los reformadores ilustrados en *Vigilar y Castigar*. Pero en lo que nos interesa, las relaciones entre guerra y política:

“Es posible que la guerra como estrategia sea la continuación de la política.

Pero no hay que olvidar que la “política” ha sido concebida como la continuación, si no exacta y directamente de la guerra, al menos del modelo militar como medio fundamental para prevenir la alteración civil. La política, como técnica de la paz y del orden internos, ha tratado de utilizar el dispositivo del ejército perfecto, de la masa disciplinada, de la tropa dócil y útil, del regimiento en el campo y en los campos, en la maniobra y en el ejercicio”<sup>1309</sup>.

Tal vez no sea sino MAQUIAVELO el primero dentro de la modernidad, en establecer vasos comunicantes entre la guerra y la política, y en adoptar técnicas de la primera para ser aplicada a la segunda. Dichas técnicas que definidas etimológicamente para la guerra (stratos), se condensan semánticamente en la denominada *estrategia*.

Si tenemos en consideración que la conservación del poder político es el objetivo, la estrategia como medio se utilizaría en pro de dicho objetivo. Ello, por las consideraciones del autor a la serie de acciones para mantener la conquista hecha del poder: reforzamiento de los “puntos más débiles” una vez recuperado el poder después

<sup>1306</sup> Así BAJO FERNÁNDEZ señala que BECCARIA “a fin de cuentas, pertenece a la nobleza de la época, lo que condicionará su vanguardismo” (BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL “Los intereses económicos colectivos: posición de Beccaria y perspectivas actuales”, p. 43).

<sup>1307</sup> Cuestión afirmada por JIMÉNEZ VILLAREJO al señalar “Estamos en la atmósfera del despotismo ilustrado en la que Beccaria parece respirar a gusto” (JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ, “Estudio preliminar: Releyendo a Beccaria tras medio siglo de experiencia jurisdiccional”, p. XIV. Igualmente en p. XI) Antes CALAMANDREI, “Prefacio” en BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (c), [trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO Y MARINO AYERRA REDIN], Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pp. 44 y ss.; También es perfectamente comprobable lo dicho, desde que los propios monarcas pretendían sus servicios. Cfr. MONDOLFO, RODOLFO, *Cesare Beccaria y su Obra*, pp. 69-70.

<sup>1308</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (d), Nota al pie N ° 23, p. 91.

<sup>1309</sup> FOUCAULT, *Vigilar y Castigar*, pp. 172-173.

de una rebelión<sup>1310</sup>, eliminación de la línea sucesoria del príncipe y la mantención de sus leyes y tributos, para conservar los estados recién conquistados con seguridad<sup>1311</sup>, la residencia del príncipe en el lugar conquistado para conservarlo<sup>1312</sup>, hacer aliados a los hombres y si se convierten en enemigos, aniquilarlos para evitar la venganza<sup>1313</sup>, poner remedio a las rebeliones antes que se produzcan (prevención)<sup>1314</sup>, proceder por la fuerza cuando las leyes no es suficiente<sup>1315</sup>, y actuar como los romanos quienes “ganaron a los menos fuertes sin aumentar su poder, empequeñecieron a los poderosos y no consintieron que en dichos territorios adquiriese reputación ningún señor extranjero”<sup>1316</sup>. Lo mismo si se actúa con oportunidad: la conquista es alabada si se hace en el momento oportuno<sup>1317</sup>, la crueldad ha de ejercerse de golpe<sup>1318</sup>, saber cuándo se debe ser bueno y no en todo momento<sup>1319</sup>, o bien el que los príncipes lo fueron sobresalientes, porque “las ocasiones hicieron dichosos a estos hombres y la excelencia de su virtud les hizo reconocer la oportunidad”<sup>1320</sup>.

Todo esto supone una serie de movimientos, un continuo de acciones interrelacionadas equilibrándose constantemente en pro de un objetivo, el objetivo trazado por *Il príncipe*. Tales movimientos son calculados, y por ello que, en la obtención de un fin, se vuelven así estratégicos, una cierta habilidad que posibilitaba a alguien ambicioso a ser príncipe<sup>1321</sup>, y que es la prolongación de la estrategia de la guerra hacia lo político<sup>1322</sup>. Y al autor no le genera disonancia esto, porque la vida civil y castrense son apreciadas como acordes<sup>1323</sup>, y porque la guerra es una de las cosas que domina, o debiera dominar igualmente el Príncipe: “Un príncipe, pues, no debe tener otro objetivo ni otro pensamiento, ni ha de tomar cosa alguna bajo su control que no sea la guerra, sus tácticas y sus reglas; porque este es un arte que se supone únicamente a quien manda”<sup>1324</sup>.

Y si son dos los modos de combatir en una Estado, a través o de las leyes, o de la fuerza<sup>1325</sup>, está claro que el combate interno se genera con exclusión de una guerra con estados extranjeros, más aún igualmente lo llama “combate”<sup>1326</sup>. Y todas las referencias a los movimientos estratégicos, se señalan para las acciones dentro del Estado, en tanto poder político<sup>1327</sup>.

En *Dell'arte della guerra*, no deja de ser importante la forma acuciosa como trata la formación de un batallón, desde el punto descriptivo más detallado y geométrico posible.

“Es preciso –señala MAQUIAVELO- enseñarles a darse vuelta todos al mismo tiempo, convirtiendo, si es necesario, la retaguardia en vanguardia y la vanguardia en

<sup>1310</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, pp. 71-72.

<sup>1311</sup> *Ibíd.*, pp. 72-73; p. 82.

<sup>1312</sup> *Ibíd.*, p. 73.

<sup>1313</sup> *Ibíd.*, p. 74.

<sup>1314</sup> *Ibíd.*, pp. 75-76.

<sup>1315</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>1316</sup> *Ibíd.*, p. 75.

<sup>1317</sup> *Ibíd.*, p. 77.

<sup>1318</sup> *Ibíd.*, p. 98.

<sup>1319</sup> *Ibíd.*, p. 119.

<sup>1320</sup> *Ibíd.*, p. 85.

<sup>1321</sup> Cfr. MAQUIAVELO, NICOLÁS, “Dictamen sobre la reforma de la Constitución de Florencia hecho a instancia del Papa León X”, p. 364.

<sup>1322</sup> En el mismo sentido ARTAZA, MANUEL M<sup>a</sup> DE, “Estudio Preliminar”, p. 51.

<sup>1323</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El arte de la guerra*, p. 7.

<sup>1324</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 116.

<sup>1325</sup> *Ibíd.*, pp. 125-126.

<sup>1326</sup> *Ibíd.*, p. 125.

<sup>1327</sup> *Ibíd.*, p. 138.

flancos y retaguardia; lo cual es muy fácil, porque basta con que cada hombre se dé vuelta en la dirección que se le ordene; adonde vuelve el rostro, ése es el frente”<sup>1328</sup>.

Ocupa el batallón como una figura geométrica, lo cual implica un movimiento prácticamente en 180°.

“Es verdad que al volverse de flanco, las distancias cambian de proporción, porque los hombres estarán más distanciados en el sentido lateral que en el frontal, lo cual va contra la normal formación del batallón. Razón por la cual la *práctica* y la *discreción* tienen que remediarlo”<sup>1329</sup>.

Los movimientos son proporcionales, calculados, motivados por el hábito y la prudencia. “Mantiene esa forma al marchar, pero cuando llega el enemigo y por consiguiente el momento en que ha de convertir su costado en frente, hay que hacer volver a todos los soldados hacia el costado donde están las picas; y el batallón se encuentra entonces en el orden de batalla antes explicado; salvo los centuriones, todos están en su puesto y esos ocuparán el suyo rápidamente y sin dificultad”<sup>1330</sup>.

Los movimientos se producen por motivaciones estratégicas, en relación al propio movimiento del enemigo, el batallón se acomoda y reacomoda con prontitud.

“Les he indicado que las compañías están en *constante movimiento*, tanto en las marchas como en las batallas, con lo que se ven forzadas a *concentrarse*, de modo que si hacen estrechos los *intervalos* donde colocan la artillería, al poco tiempo quedan cerrados y los cañones no pueden disparar. Si para evitar este peligro lo hacen más amplios, incurren en un riesgo mayor: con esos *espacios* no solamente les facilitan al enemigo el ocupar su artillería, sino el romper las filas de ustedes (...) la solución es abrir un *espacio* similar en tu ejército que deje a las balas libres paso y neutralice su violencia”<sup>1331</sup>.

La formación es concentrada, compacta, acotada, pero móvil, la cual está dispuesta según ‘costuras’, según espacios, intervalos, que son los que a través de ellos se produce la forma de su movimiento, pero sin ruptura ni quiebres de su formación. “Es como si se desmontan las duelas de un barril previamente numeradas, que luego con facilidad se vuelven a montar en su sitio”<sup>1332</sup>. Con ello se vislumbra desde el arte de la guerra, una estructura, señalada así en la comparación con la formación del batallón, pero lejos de ser una estructura rígida, es de una constante elasticidad, un objeto dúctil y flexible, y que no produce rupturas en su estructura al realizar su movimiento.

La transferencia de la estrategia guerrera a la política, transforma el poder del Príncipe en algo mutable, móvil, dúctil, flexible, necesariamente adaptable según la mutabilidad de las cosas<sup>1333</sup> y de los tiempos<sup>1334</sup>, lo que hace que además responda al hecho general “que las cosas humanas están en perpetuo movimiento y no pueden permanecer inmutables”<sup>1335</sup>, tal como el conocimiento que se debe tener de la orografía del terreno, para adaptar las formas de la guerra a ella<sup>1336</sup>.

En la comunicación entre guerra y política que establece MAQUIAVELO, la filtración de la primera a la segunda, no produce así, diferentes consecuencias en el

<sup>1328</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El arte de la guerra*, pp. 57-58.

<sup>1329</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>1330</sup> *ídem.*

<sup>1331</sup> *Ibíd.*, p. 85.

<sup>1332</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>1333</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 127.

<sup>1334</sup> *Ibíd.*, pp. 151-152.

<sup>1335</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, p. 73.

<sup>1336</sup> Ref. de la orografía y su conocimiento, MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 117.



esquema del florentino. Ello implica que la estrategia de la guerra, se manifiesta del mismo modo al interior de la política, como una construcción en constante movimiento:

“De esto depende también la *mutabilidad* del buen gobierno; porque, si uno actúa con cautela y paciencia, y los tiempos y las cosas se dan de forma que su mandato resulte bien, continúa prosperando; pero, si los tiempos y las cosas *cambian*, se arruina porque no ha cambiado su proceder. Y no encontrarás un hombre tan prudente que se sepa *acomodar* a esto, bien porque resulta difícil apartarse de un camino por el que siempre habías prosperado. Y el hombre cauteloso, cuando llega el momento de *pasar al ataque*, no lo sabe hacer, por lo que fracasa; que, si cambiase su naturaleza con los tiempos y con las cosas, no cambiarían su fortuna”<sup>1337</sup> [el resaltado es nuestro].

Esto no es sólo una mera adaptación a las circunstancias, a los cambios de los tiempos, sino que, por el hecho de enmarcarse en la “guerra” al interior del poder político del Príncipe, tiene que ver con mutaciones estratégicas, con constantes repliegues y ofensivas, que transforman el mismo poder político como objeto de movimientos constantes, de continuas adaptaciones tácticas, de pliegues y repliegues sin fractura ni quiebres en su estructura que permanece: la misma conquista, que ha de ser invariante en el tiempo para la conservación del poder político, como una función continua ante las variaciones y mudas históricas.

Por otro lado, para el príncipe es necesario *manejar la contradicción*, poseer los elementos de una contradicción como suyos y expresarlos. Es por ello que se recomienda “parecer piadoso, fiel, humano, íntegro, religioso, y serlo en verdad; mas con la predisposición de ánimo para transformarse, cuando convenga, en todo lo contrario”<sup>1338</sup>. Además se recomienda obrar contra la palabra empeñada, según sea el caso, y “a inclinarse por uno u otro proceder según le indiquen los vientos de la fortuna”<sup>1339</sup>, siendo bueno, pero siendo malo si se amerita. Hay una cierta modulación en la contradicción, el tránsito de un extremo al otro, y sin prescindir de los extremos y hacerlos suyos.

## 2. LA ESTÉTICA POLÍTICA

### a. Exposición

Cuando hacemos referencia a este término, no estamos conduciéndonos en la vía de las reflexiones entre estética y política que realizara BENJAMÍN o RANCIÈRE, puesto que aquéllas son miradas por éstos desde la estética, sin perjuicio de sus diferencias<sup>1340</sup>.

<sup>1337</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 152.

<sup>1338</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, pp. 126-127.

<sup>1339</sup> *Ibíd.*, p. 127.

<sup>1340</sup> Vid. RANCIÈRE, JACQUES, *El reparto de lo sensible. Estética y política*, LOM, Santiago de Chile, 2009; RANCIÈRE, JACQUES, *El espectador emancipado*, Ellago ediciones, Castellón, 2010; RANCIÈRE, JACQUES, *Sobre políticas estéticas*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2005: Vid. Igualmente PAREDES, DIEGO, “De la estetización de la política a la política de la estética”, *Revista de Estudios Sociales*, N° 34, Tema: Estética y Política, Diciembre, 2009, pp. 91-98, <http://res.uniandes.edu.co/view.php/618/view.php>, fecha de visita: 9/9/2014; DI FILIPPO, MARILÉ, “Walter Benjamin y Jacques Rancière: arte y política. Una lectura en clave epistemológica”, *Revista de Epistemología y Ciencias Humanas*, N°3, pp. 257-288, <http://www.revistaepistemologi.com.ar/biblioteca/17.%20Walter%20Benjamin%20y%20Jacques%20Ranciere%20arte%20y%20politica.%20Una%20lectura%20en%20clave%20epistemologica.pdf>, fecha de visita: 9/9/2014.

Tampoco y en estricto rigor, a las relaciones entre estética y política que realizara FOUCAULT, ya que éste vincula ambos conceptos más bien, con una perspectiva apolínea de la estética y en cuanto a cómo se buscaba por los reformadores ilustrados que las formas de la pena fueren semejantes en proporción a las de la naturaleza, al igual que las bellas artes<sup>1341</sup>.

Lo propuesto aquí es diverso, por tres motivos específicos.

En primer lugar, porque la mirada se hace desde la política, por ende es una visión politológica.

En segundo lugar, porque el análisis de esta relación se produce dentro de la concepción en que la política sería expresión de un diseño de ingeniería social, por ende, la estética es usada como instrumento de dicha ingeniería para la construcción de ese diseño.

En tercer lugar, la estética es considerada fundamentalmente en sus vínculos con las percepciones y sensaciones humanas. Detengámonos en esto.

En efecto, el cambio que supuso el ingreso de la subjetividad en la epistemología, como la *res cogitans* de DESCARTES y afirmada más tarde en la revolución copernicana para la gnoseología que afirmaba KANT con su criticismo, supuso del mismo modo modificar los parámetros en la epistemología y en la conformación de la percepción como ciencia.

La “estatua” de CONDILLAC presenta su cuadro desde el sujeto, desde los sentidos y sus impresiones. Desde que recibe una impresión el sujeto es capaz de gozar y sentir dolor<sup>1342</sup>. Por su parte BAUMGARTEN, pregonero de la nueva ciencia de la estética ya para 1735<sup>1343</sup>, no la asienta sobre el objeto, sino más bien en la percepción que el sujeto logra tener de alguna cosa<sup>1344</sup>, y de cómo esta percepción logra producir efectos sensibles en tal sujeto<sup>1345</sup>, sea fundamentalmente desagrado o goce, placer o dolor<sup>1346</sup>. Ahora bien, la renovación de la concepción estética y la adopción de su rótulo por BAUMGARTEN no es casualidad.

En efecto, etimológicamente el nombre de *estética*, responde a dos conceptos que son el de *aisthetikê* y *aisthesis*, referido el primero más bien a lo que provoca la impresión y el segundo más bien a la percepción en sí misma respecto del sujeto.

Es en razón a esta relación y a este sentido que entenderemos el concepto de estética aquí.

---

<sup>1341</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 109.

<sup>1342</sup> CONDILLAC, *Tratado de las sensaciones*, [trad. GREGORIO WEINBERG], Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, pp. 67-68.

<sup>1343</sup> En referencia a la obra de BAUMGARTEN, *Reflexiones filosóficas acerca de la poesía* donde fuera de las reflexiones en ese sentido, culmina preconizando su aporte como “Estética” (§ CXVI), y escribiendo posteriormente una inacabada obra llamada *Aesthetica*, de 1758-1750 (Vid. BAUMGARTEN, ALEXANDER GOTTLIEB, *Reflexiones filosóficas acerca de la poesía*, [trad. JOSÉ ANTONIO MIGUEZ], Aguilar, Biblioteca de iniciación filosófica, Buenos Aires, 1964).

<sup>1344</sup> Por eso el concepto de “representaciones sensibles” en la obra de BAUMGARTEN, como recepción de la facultad cognitiva (BAUMGARTEN, ALEXANDER GOTTLIEB, *Reflexiones filosóficas acerca de la poesía*, § III, pp. 31-32).

<sup>1345</sup> Por eso BAUMGARTEN establece distinciones entre cosa conocida y percibida, y como ésta última dice relación con las “facultades inferiores” que no son sino los sentidos (Ibíd., § CXVI, p. 88). Y en cuanto la relación entre representaciones sensuales y los afectos de placer y pesadumbre del sujeto (BAUMGARTEN, ALEXANDER GOTTLIEB, *Reflexiones filosóficas acerca de la poesía*, § XXV- XXVI, p. 44).

<sup>1346</sup> Es por ello que, basado en BAUMGARTEN, que AUMONT señala: “El problema de lo bello está ligado a la estética, pero no de manera esencial, puesto que originariamente la estética no es discurso sobre lo bello ni sobre el arte, sino discurso sobre la sensación” (AUMONT, JACQUES, “La estética hoy”, [trad. MARCO AURELIO GALMARINI], Cátedra, 1998, Madrid, p. 145).

**b. El tratamiento de las sensaciones en MAQUIAVELO y HOBBS: un piano a ser percutido con objetivos políticos**

La prédica en MAQUIAVELO de “hacer que te amen y teman los pueblos”, se acompaña del hecho que sino se pueden sostener ambos, es mejor ser temido que amado<sup>1347</sup>, y dicho temor viene de la mano, de cuestiones como el miedo al castigo, el cual se mantiene por siempre<sup>1348</sup>. La expresión “que te sigan y veneren los soldados”, implica la fuerza subordinada a la potestad política de forma emotiva y no necesariamente racional. Por ende, se hace necesario que a lo emotivo se le presente un equivalente fundamento igualmente emotivo para doblegarlo.

Se puede notar como las sensaciones que se gatillan desde lo emocional, son consideradas primordiales por los efectos que se puedan producir en ellas con objetivos políticos.

Para MAQUIAVELO, la conservación del poder, depende, entre otras cosas, del fenómeno de la apariencia, de lo mostrado, de aquello que es expuesto y visto, no en tanto cómo es el poder en sí, sino de cómo es percibido. “Los hombres juzgan mas por los ojos que por las manos”<sup>1349</sup>; “a casi todos los hombres satisfacen lo mismo las apariencias que la realidad, y muchas veces les agitan más las primeras que las segundas”<sup>1350</sup>. El vulgo siempre se deja llevar por la apariencia, y dado que en el mundo no hay más que vulgo<sup>1351</sup>, entonces es el simulacro y el disimulo quien debe regir el arte del estado<sup>1352</sup>. Es así como, sin desconocer que por la condición humana del príncipe haya de tener estos vicios, si esos vicios (como las mismas cualidades) puedan ser de tal entidad que pudiesen contribuir a arrebatarle el poder, es mejor tenerlos ocultos<sup>1353</sup>. “Un príncipe no ha

<sup>1347</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 123.

<sup>1348</sup> *Ibíd.*, p. 123.

<sup>1349</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 127.

<sup>1350</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, p. 101.

<sup>1351</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 127.

<sup>1352</sup> *Ibíd.*, p. 126. Esto que podría pensarse opuesto a las afirmaciones hechas por ARISTÓTELES, por ejemplo, dista mucho de ser así, ya que incluso éste va un poco en el mismo sentido. Es así como “El objeto esencial de este capítulo es bien evidente. Es preciso que el tirano *aparezca* ante sus súbditos no como déspota, sino como un administrador, como un rey; no como un hombre que hace su propio negocio, sino como un hombre que administra los negocios de los demás. Es preciso que en su conducta *muestre moderación* y no *cometa excesos*. Es preciso que admita a su trato a los ciudadanos distinguidos, y que con sus maneras se capte el afecto de la multitud. De este modo podrá, con infalible seguridad, no sólo hacer su autoridad más bella y más querida, porque sus súbditos serán mejores y no estarán envilecidos, y por su parte no excitará odios y temores, sino hacer también más durable su autoridad. En una palabra, es preciso que se *muestre completamente virtuoso*, o por lo menos virtuoso a medias, y nunca vicioso, o por lo menos nunca tanto como se puede ser”. Así especifica por ejemplo: “Pueden deducirse muy bien de lo que hemos dicho sobre las causas que arruinan a los reinados; porque lo mismo que el reinado compromete su autoridad queriendo hacerla más despótica, así la tiranía asegura la suya, haciéndola más real. Sólo que hay aquí un punto esencial que ésta no debe olvidar: hay que tener siempre la fuerza necesaria para gobernar, no sólo con el asentimiento público, sino también a pesar de la voluntad general. Renunciar a esto sería renunciar a la tiranía misma; pero una vez asegurada esta base el tirano puede en todo lo demás conducirse como un verdadero rey, o, por lo menos, tomar diestramente todas las *apariencias* de tal. Ante todo, *aparentará* que se ocupa de los intereses públicos, y no disipará locamente las ricas ofrendas que el pueblo le ofrece haciendo tanto sacrificio y que el tirano saca de las fatigas y del sudor de sus súbditos, para prodigarlas a cortesanos, extranjeros y artistas codiciosos” [el resaltado es nuestro] (ARISTÓTELES, *Política*, [trad. MANUEL GARCÍA VALDÉS], Vol. 116, Biblioteca Clásica Gredos, Editorial Gredos, Madrid, 1988, p. 373).

<sup>1353</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 120. Lo mismo en ARISTÓTELES: “Si gusta del placer, que no se entregue a él nunca como lo hacen ciertos tiranos de nuestra época, los cuales, no contentos con sumirse en los placeres desde que amanece y durante muchos días seguidos, quieren, además, hacer alarde de su prostitución a la vista de todos los ciudadanos, para que admiren de esta manera su fortuna y su felicidad. En esto, sobre todo, es en lo que principalmente debe *mostrar moderación* el tirano; y si no puede hacerlo, que por lo menos sepa *ocultarse a las miradas de la multitud*. No es fácil sorprender ni despreciar al hombre sobrio

de reunir todas las cualidades mencionadas, pero debe aparentar tenerlas (...) si las tienes y las usas siempre, son dañosas; en cambio, aparentándolas son útiles<sup>1354</sup>. Debe, por ende, aparentar virtud sino la posee<sup>1355</sup>. De ahí que “no se puede llamar virtud a asesinar a sus conciudadanos, traicionar a los amigos, ser un hombre sin lealtad ni piedad ni religión; pues con todo ello se puede adquirir poder, mas no gloria”. Pero no es que se reniegue de la crueldad, ya que de hecho se hace necesaria en un primer momento en la conquista, siendo ésta de golpe y no prolongada en el tiempo, lo cual denotaría que ha sido “bien usada”<sup>1356</sup>. Se debe también, si de reformar la constitución se trata, para el beneplácito de todos, mantener al menos la sombra de las instituciones antiguas, “para que el pueblo no advierta el cambio”, aunque la nueva organización sea distinta a la anterior<sup>1357</sup>.

En HOBBS todas las bases del Estado, se encuentran cimentadas en la constitución de las percepciones de los sujetos que han de ser gobernados y sometidos al Leviatán<sup>1358</sup> -cuestión que va de la mano con lo “percibido”<sup>1359</sup>-, y es en base a ella que es posible una elaboración definida, acerca de cómo ha de configurarse la idea de Estado en HOBBS.

El cuerpo político no sería diferente del cuerpo humano, y así utiliza esta comparación para declarar la calidad de sistema del cuerpo político, y de cómo ha de organizarse de forma combinada, los distintos tópicos políticos que le dan vida<sup>1360</sup>. Un mejor gobierno hace a un mejor lector de la humanidad<sup>1361</sup>, que tal vez en términos teóricos pueda ser formulado como que la creación de un modelo político eficaz se da en la medida en que se leen bien las características de a quienes gobernar. Sólo si se conoce al hombre se le podrá gobernar. De ahí que la base hobbesiana sea estudiar las cuestiones que afectan el comportamiento humano, o que le sirven de base<sup>1362</sup>. Y una de

---

y templado, pero sí al que se embriaga; porque no se sorprende al que vela, sino al que duerme” [el resultado es nuestro] (ARISTÓTELES, *La Política*, pp. 372-373).

<sup>1354</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 126.

<sup>1355</sup> *Ibíd.*, pp. 95-96.

<sup>1356</sup> *Ibíd.*, p. 98.

<sup>1357</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", p. 101.

<sup>1358</sup> Sobre las bases antropológicas de la teoría política de HOBBS, vid. PIÑERES SUS, JUAN DAVID, "De la antropología a la política en el Leviatán de Hobbes", *Boletín de Antropología*, Universidad de Antioquia, N° 41, Vol. 24, Medellín, 2010, pp. 338-352, y como tesis fundamental, la siguiente: "La política, en términos de la teoría del Estado, se asienta en una concepción específica de lo humano. En el caso de Hobbes, podemos ver un trayecto que va de la teoría política y que, descomponiendo las distintas categorías teóricas, arriva en el hombre como la unidad mínima de su análisis. Si por un lado vemos una teoría del orden civil, por el otro nos topamos con un *anthropos* natural. En último término hay líneas de continuidad entre un tópico y otro" [énfasis del autor] (PIÑERES SUS, JUAN DAVID, "De la antropología a la política en el Leviatán de Hobbes", *Boletín de Antropología*, Universidad de Antioquia, N° 41, Vol. 24, Medellín, 2010, pp. 338-352, p. 349). Lo mismo señala brevemente PRIETO, LAURA CRISTINA "La huella del miedo en la filosofía del derecho. Itinerarios de Hobbes y Kelsen", *Revista Crítica Jurídica*, Enero-junio, N° 27, 2009, pp. 119-125, p. 121. En contraposición VARGAS/ESPINOZA: "el hombre es un ser natural más; forma parte de la *physis* hobbesiana; no es un ser que se distinga del resto de los seres naturales y, en consecuencia, debe entenderse en los mismos términos que cualquier otro ente natural más" [énfasis de los autores], VARGAS, JORGE ALFONSO; ESPINOZA VERDEJO, ALEX, "Pasión y razón en Thomas Hobbes", *Alpha [online]*, N° 26, 2008, pp. 135-152, p. 136. No es precisamente esta la idea aquí expuesta, aunque tiene semejanzas en la continuidad de una idea básica hasta la construcción de la teoría política, y en la base humana de la construcción, aunque claramente distanciado en que el punto de apoyo es sólo un aspecto del ser humano, como lo son las sensaciones.

<sup>1359</sup> PRIETO, LAURA CRISTINA "La huella del miedo en la filosofía del derecho. Itinerarios de Hobbes y Kelsen", p. 121.

<sup>1360</sup> HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, pp. 46-47.

<sup>1361</sup> *Ibíd.*, p. 48.

<sup>1362</sup> BRANDA lo ve más bien como una "etiología de las pasiones", respecto del HOBBS enfrascado en la psicología humana (BRANDA, CORINA INÉS, "Razón natural y racionalidad política en el Leviatán de Thomas

estas es, cómo se producen las representaciones mentales en el sujeto, y el cómo operan en él las sensaciones. No es coincidencia, entonces, que trate de ello en los tres primeros capítulos de su ópera prima “Leviatán”.

La “sensación” sería para HOBBS, la base de las representaciones del sujeto. Los objetos actúan “sobre los ojos, oídos y otras partes del cuerpo humano, y por su diversidad de actuación produce diversidad de apariencias”<sup>1363</sup>. Es el objeto que actúa sobre los órganos, que generan la sensación. “Esta *apariencia* o *fantasía* –señala HOBBS- es lo que los hombres llaman *sensación*”<sup>1364</sup> [el resaltado es nuestro], sean olores, sonidos, luz, distintas reacciones dependiendo del órgano, generando sensaciones placenteras o molestas, como la idea de sufrir un daño, o sea, el temor<sup>1365</sup>. El movimiento de las cosas produciría una imagen, que es la sensación.

Siendo así, se opone frontalmente a las enseñanzas aristotélicas que hacen depender la sensación de la información que el objeto provee. HOBBS, en cambio, plantea que dicha información no la contiene el objeto, sino más bien que se produce por el hecho de activar los órganos del cuerpo humano<sup>1366</sup>. Como es el movimiento quien provoca las sensaciones –y a su vez el movimiento de los órganos que perciben<sup>1367</sup>-, en el estudio de este declara que las cosas se mueven eternamente una vez provocado su movimiento, a menos que algo lo impida. Así en el hombre si una cosa produce una sensación, aunque la cosa deje de estar presente, seguirá la sensación produciéndose. A esto lo llama “imaginación”, y que vendría siendo “una sensación que se debilita”<sup>1368</sup>. El grado de debilidad de la sensación dependerá de cuán largo sea el tiempo que transcurre desde la afección del objeto. La expresión de una sensación decadente en el tiempo, se le llama “memoria”, y la memoria de muchas cosas se denomina “experiencia”<sup>1369</sup>. “La imaginación que se produce en el hombre por medio de palabras u otros signos voluntarios, es lo que generalmente llamamos entendimiento”<sup>1370</sup>.

Toda esta apariencia o fantasía, que producida por el movimiento de los órganos, produce a su vez una serie de pensamientos en sucesión, los cuales son el discurso mental<sup>1371</sup>. Existen dos clases de aquella: la inconstante, que supone una serie de pensamientos, pero más bien de modo aislado “no hay en ella pensamiento apasionado que gobierne y atraiga hacia sí mismo a los que le siguen”<sup>1372</sup>; y el constante, determinado por un deseo, el cual finalmente determina a su vez, medios y fines para ese deseo, y que es constante porque “la impresión hecha por las cosas que deseamos o *tememos* es, en efecto, *intensa y permanente*”<sup>1373</sup> [el resaltado es nuestro]. A esto HOBBS le preocupa tanto los efectos del discurso mental constante, como el fenómeno de su sucesión: “En ocasiones un hombre desea saber el curso de determinada acción; entonces piensa en alguna acción pretérita semejante y en las consecuencias ulteriores de ella, presumiendo

---

Hobbes”, *Res publica*, N° 20, 2008, pp. pp. 67-94, p. 68). Si bien es cierto esto, no es precisamente, según nuestro punto de vista y como se expondrá, las pasiones quienes son la base de la construcción hobbesiana, sino las sensaciones, dato no menor, porque ello supone retroceder a un punto más atrás que las solas pasiones, es decir, no a la manifestación o efecto “de”, sino a la causa misma como son las sensaciones, y que significan un sustrato epistemológico, más que sólo psicológico o antropológico.

<sup>1363</sup> HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, p. 49.

<sup>1364</sup> *Ibíd.*, p. 50.

<sup>1365</sup> *Ibíd.*, p. 85.

<sup>1366</sup> *Ibíd.*, p. 51.

<sup>1367</sup> *Ibíd.*, p. 54, p. 84.

<sup>1368</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>1369</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>1370</sup> *Ibíd.*, p. 57.

<sup>1371</sup> *Ibíd.*, p. 58.

<sup>1372</sup> *Ibíd.*, p. 59.

<sup>1373</sup> *Ídem.*

que acontecimientos iguales han de suceder a acciones iguales. Cuando *uno quiere prever lo que ocurrirá con un criminal, recuerda lo que ha visto ocurrir en crímenes semejantes*: el orden de sus pensamientos es éste: el crimen, los agentes judiciales, la prisión, el juez y la horca”<sup>1374</sup> [el resaltado es nuestro].

El lenguaje, sería en este contexto, el modo de hacer que los discursos mentales se verbalicen, el cual tiene la finalidad de registrar “las consecuencias de nuestros pensamientos” como “marcas o notas del recuerdo”, y además como “signos”, esto es, la finalidad de consensuar una misma forma de apodar las cosas<sup>1375</sup>. Con ello el lenguaje es el fundamento del raciocinio<sup>1376</sup>. Y si los nombres son nombres de las imágenes de las sensaciones<sup>1377</sup>, la razón no es sino cómputo (...) de las consecuencias de los nombres generales convenidos para la caracterización y significación de nuestros pensamientos”<sup>1378</sup>.

Todo este edificio epistemológico, tiene su correlato en la construcción de lo político. Es así como HOBBS entiende que son las sensaciones quienes, jalonando a los hombres, impulsan un vivir inquieto entre ellos, producto de su egotismo, de verse en este punto como iguales, como iguales merecedores de la misma cosa, y como ello ha de verificarse en los hechos y no puedan disfrutar ambos de las cosa, “se vuelven enemigos y (...) tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro”<sup>1379</sup>, por lo cual se provoca así, causas de discordia, como los son la competencia, la desconfianza y la gloria<sup>1380</sup>, y causando un estado de enemistad y de guerra constante y de todos contra todos<sup>1381</sup>, donde la “voluntad de luchar”<sup>1382</sup> predomina, y es de continuo el temor, y la vida del hombre se hace inhóspita. Para que el temor a manos de otro, desaparezca y se genere una comunidad, se da la necesidad de entrar en un pacto por el cual, se sometan a un poder común, con lo cual nace la ley y la justicia<sup>1383</sup>, poder que se plasma en la figura del Estado. Ello se logra sujetando las pasiones, por una parte, y por otra, trocando una sensación por otra, que vendría siendo una clase de temor por otro. En cuanto a la sujeción de las pasiones naturales de los hombres, es fundamental, ya que es ella la que origina “la miserable condición de guerra” entre ellos, debido justamente a que “no existe poder visible que los tenga a raya y los sujete [a las pasiones naturales de los hombres], por temor al castigo, a la realización de sus pactos y a la observancia de las leyes de naturaleza”<sup>1384</sup>. Y en cuanto a trocar aquel temor que generan otros hombres, se cubre por otro temor que provenga de algo semejante a un poder grande, como el de los espíritus invisibles (o Dios), y al del poder de otros hombres<sup>1385</sup>. Este poder debe entonces, por el pacto, ser conferido a un ente capaz de provocar un temor semejante al de un dios por su carácter superior al hombre, pero semejante a él por la factibilidad de que ocurran consecuencias a temer.

“Hecho esto, la multitud así única en una persona se denomina Estado (...) Esta es la generación de aquel gran Leviatán, o más bien (...) de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa, porque en virtud de esta autoridad que se confiere por cada hombre particular el Estado posee y

---

<sup>1374</sup> Ibíd., p. 61.

<sup>1375</sup> Ibíd., p. 65.

<sup>1376</sup> Ibíd., p. 70.

<sup>1377</sup> Ibíd., p. 71.

<sup>1378</sup> Ibíd., p. 75.

<sup>1379</sup> Ibíd., p. 123.

<sup>1380</sup> Ibíd., p. 124.

<sup>1381</sup> Ibíd., p. 127.

<sup>1382</sup> Ibíd., p. 125.

<sup>1383</sup> Ibíd., p. 127.

<sup>1384</sup> Ibíd., p. 143.

<sup>1385</sup> Ibíd., p. 138.

utiliza tanto poder y fortaleza que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz en su propio país...”<sup>1386</sup>.

### c. Manejo del “engaño” como forma para la conservación del poder en MAQUIAVELO

Señala MAQUIAVELO lo siguiente:

“Siendo, pues, necesario usar las cualidades de las bestias, debe el príncipe tomar como ejemplo la zorra y el león; porque el león no se defiende de las trampas y la zorra no se defiende de los lobos: hay que ser zorra para *conocer las trampas* y el león para *causar temor a los lobos*. Los que actúan siempre como el león no entienden el *arte del estado*. Por eso un señor prudente no puede, ni debe, observar la palabra dada cuando tal observancia se la vuelva en contra por no existir ya las causas que dieron lugar a la promesa. Si los hombres fueran todos buenos, esta norma no sería buena; pero, *como son malos* y no la respetarían contigo, tú tampoco has de respetarla con ellos, pues nunca le faltaron a un príncipe razones legítimas para justificar su inobservancia. De ello se podría dar infinidad de ejemplos actuales y mostrar cuántas paces, cuántas promesas han resultados inútiles y vanas por la infidelidad de los príncipes; y *el que ha asumido mejor el papel de la zorra ha salido mejor librado*. Mas es necesario saber *camuflar* bien esta naturaleza y ser un *simulador* y *disimulador*: son tan simples los hombres y obedecen de tal manera a las necesidades inmediatas que quien engañe encontrará siempre quien se deje engañar”<sup>1387</sup> [el resaltado es nuestro].

No son las leyes las que están en juego aquí como elemento de combate, sino el segundo, la fuerza, ya que es ésta a la que pertenece el lado bestial del poder político. Y esta es fuerza tanto en la táctica, en el arte de estado que se trasfigura en la zorra, como en el temor que se infunde, que representa al león. Lo cual supone que no deja ser guerra, dentro del poder político, y junto a las leyes. La zorra es la habilidad táctica, la astucia, el movimiento continuo que elude trampas, de larga data como mantención y forma del acceso al poder<sup>1388</sup>. Sin embargo, ha de permanecer oculta para su mejor uso, se mueve entonces en la invisibilidad de los procesos, en la oscuridad del poder político, velo adentro del ámbito de las decisiones. Por eso un doble requerimiento: simulación y disimulación. Simular es engaño<sup>1389</sup>, falsas apariencias. Disimular es hacer innotorio lo que puede notarse, encubrir lo posible de evidencia.

Los lobos son los hombres, en cuanto naturaleza mala<sup>1390</sup>, quienes rodean al príncipe, muy enraizada en la visión del folklore europeo (y como tal de su cultura),

<sup>1386</sup> Ibid., p. 146.

<sup>1387</sup> MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, p. 126.

<sup>1388</sup> Piénsese en la Grecia antigua, en Ulises y el constante uso de triquiñuelas que refleja La “Iliada” y “Odisea”, o en ESQUILO, quien en boca de Prometeo señala: “el triunfo no podía lograrse por las malas / ni con violencia, sino valiéndose de astucias” (ESQUILO, *Tragedias*, [trad. INAKI JARAUTA], 1º edición, Gradfco, Buenos Aires, 2004, p. 282).

<sup>1389</sup> En contradicción a la opinión de HIDALGO cómo sólo “perspicacia”, que nos parece una expresión algo eufemista. Cfr. HIDALGO ROLDÁN, CARMEN, “Maquiavelo: la legalización del azar al servicio de la república florentina”, *Revista de Filosofía*, Nº 20, 2000, pp. 35-51, p. 40. Se enmarca, a nuestro modo de ver, en una suerte de santificación del pensamiento de MAQUIAVELO.

<sup>1390</sup> En cuanto a la naturaleza mala del hombre, lo mismo habría de sostenerse en breve referencia a la ambición humana, en MAQUIAVELO, NICOLÁS, “Discursos sobre la primera década de Tito Livio”, p. 62; y más extenso y decidor cuando señala “quien funda un estado y le da leyes debe suponer a todos los hombres

comparación zoomórfica que ha de recordarnos de forma inmediata a HOBBS, y que un siglo más tarde habría de utilizar éste, en el mismo sentido que *Il príncipe*.

#### **d. Tripartición del poder MONTESQUIEU e invisibilidad como efecto estético**

No nos extenderemos aquí en una explicación sobre la tripartición de poderes en MONTESQUIEU, que se entiende conocida en el ámbito académico. Solo haremos una mención interpretativa al mismo.

Una cuestión interesante a señalar, es que el hablar de tripartición y de distribución del poder según la idea de bordelés, indica necesariamente que algo previamente esté concentrado, y esto implicaría necesariamente un punto específico donde existe tal concentración. Si el movimiento es horizontal, significa que algo se mueve hacia los lados de algo que permanece, por esa virtud, inmóvil. Si bien la tripartición supone distribución, aquella no afecta el *quantum* del poder político, sino más bien a cómo ha de desarrollarse y gestionarse. Las formas de contrapeso suponen un desarrollo de tensiones que se haga sostener al poder en equilibrio. De esto se deriva que no se presenta todo poder político como enteramente visible, puesto que la distribución hace perder de vista los vínculos entre los objetos en distribución, que en este caso, el escenario objetual aparece representado por los 'poderes' en tripartición. Los efectos generados de esto es que las relaciones se hacen difusas, y se invisibilizan. La invisibilidad del poder, invisibiliza a su vez las relaciones existentes<sup>1391</sup>. A nivel macro, la reorganización propuesta por el bordelés provoca efectos de invisibilidad ya que la tripartición no es sólo el *quid* de la reorganización, sino también el cómo, que en el caso del poder judicial, es la instancia de los jurados populares y su renovación. La sola distribución que implica la tripartición significaría por su naturaleza, formas de, a lo menos, atenuar la visibilidad del ejercicio del poder, desde que ella supone varios centros de atención que impide una visión totalmente omnicomprendiva del fenómeno político y de las relaciones, en este caso, del fenómeno penal. La justicia penal al invisibilizarse, corta a la percepción los nexos necesarios y realmente existentes con lo político.

---

malos y dispuestos a emplear su malignidad natural siempre que la ocasión se lo permita. Si dicha propensión está oculta algún tiempo, es por razón desconocida y por falta de motivo para mostrarse; pero el tiempo, maestro de todas las verdades, la pone pronto de manifiesto" (MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", p. 67). Lo mismo al expresar la inclinación del hombre más al mal que al bien (Ibíd., p. 78). Esto es una muestra de lo que se ha tildado como pesimismo (DÍAZ PADILLA, FAUSTO, "El concepto de hombre en Nicolás Maquiavelo", p. 53) o de pesimismo antropológico (ARRILLAGA ALDAMA, LUIS, "Maquiavelo: El poder que fue y no pudo ser", p. 223).

<sup>1391</sup> En cuanto a invisibilidad del poder, esto ha sido denotado previamente por FOUCAULT. Cfr. FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 17.



### 3. LO ADMINISTRATIVO COMO REORGANIZACIÓN DEL PODER

Dos conceptos de FOUCAULT tales como la “circulación” del poder y la “reorganización del poder de castigar”<sup>1392</sup>, son dos frisos que ilustran muy bien, a nuestro entender, un aspecto del trabajo del diseño de ingeniería política como lo era el administrativo en el poder político.

Ejemplo de ello y que podemos mencionar a propósito de la circulación del poder político y no solo del poder de castigar, es aquí también la doctrina de la distribución del poder en MONTESQUIEU.

En efecto, es fundamental a este respecto lo que MONTESQUIEU trata en el Libro XI, porque marca los delineamientos sobre este asunto. El capítulo IV el abuso del poder se encuentra en el centro de la discusión. Establece una relación de contradicción entre la libertad y tal abuso de poder, y de cómo en los Estados moderados la libertad se pierde de existir aquí<sup>1393</sup>. La existencia de límites es imprescindible en la discusión sobre este exceso en el poder. Una de las soluciones generales aportadas por el bordelés es que el “poder frene al poder”<sup>1394</sup>. Este concepto es de sumo interesante, porque no evidencia que el poder ni desaparece, ni se reduce. El poder es el mismo, y contiene el mismo volumen, por decirlo de alguna forma.

Así, este instituto posibilita que sin negarse el poder así mismo, pueda producir un efecto de moderación del poder político. Y este movimiento se puede significar con la palabra ‘distribución’. El término “distribución”, es utilizado por el bordelés como descriptor para los epígrafes de sus capítulos referidos al tema de la tripartición<sup>1395</sup>. Por ende, “contrapeso”, “freno” y “distribución” se situarían en un mismo nivel significativo. Situados en un mismo nivel significativo, distribución es entonces, forma de moderación del poder. Y esta sería la forma en que el poder pueda ser frenado a sí mismo, conservando su volumen: a través de la distribución.

Ahora y en cuanto a la circulación del poder de castigar, en específico, para FOUCAULT, toda la sobriedad punitiva perseguida por los reformadores ilustrados, no hacía sino ser solo una distribución del mismo en el cuerpo social en el cual habría de circular<sup>1396</sup>, generalmente a través tanto de la disciplina como de la vigilancia.

“La disciplina –señala FOUCAULT-, arte del rango y técnica para la transformación de las combinaciones. Individualiza los cuerpos por una localización que no los implanta, pero los *distribuye* y los hace *circular* en un sistema de relaciones”<sup>1397</sup> [el destacado es nuestro].

En la idea de Panóptico de BENTHAM, el autor francés encuentra el desarrollo de la vigilancia, y de cómo los “dispositivos” de carácter penal, son instalados en el cuerpo social.

Algunas ideas no surgen de esta visión.

La idea de la distribución, por sí misma, implica -como ya lo señaló FOUCAULT-, reorganización de los elementos. Como toda reorganización implica movimiento de los elementos en un espacio, donde dichos elementos ni dejan de ser los mismos, ni dejan de integrar la naturaleza del conjunto al que responden. Es así como los elementos de la penalidad son distribuidos, sin que el poder en la penalidad misma, deje de ser naturalmente la misma, ya que de lo contrario, no se entendería bien un concepto de

<sup>1392</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 106.

<sup>1393</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, p. 106.

<sup>1394</sup> *Ibíd.*, p. 106.

<sup>1395</sup> En el Libro XI, para los capítulos XII y XIV (*Ibíd.*, p. 117 y 119).

<sup>1396</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 103, p. 151.

<sup>1397</sup> *Ibíd.*, p. 149.

reorganización y distribución. Una distribución no tiene sentido, si la entidad de la penalidad pudiera modificarse o dejar de ser la misma, ya que la distribución no sería necesaria. Ónticamente –si podemos calificarla así a riesgo de esencialismos- la penalidad de la reforma ilustrada así, sería idéntica a la del *ancien régime*, sólo que distribuida, y por ende, reorganizada de otra forma.

La moderación examinada por FOUCAULT en los reformadores, es el modo de rellenar los espacios con la misma penalidad, y por ello su forma es calculada sobre un *quantum* de penalidad ya existente, y que denota idéntico “sobrepoder terrible” del *ancien régime*<sup>1398</sup>.

Es así como parece entenderlo, verbigracia, BECCARIA, quien considera como el fin político de las penas “el terror de otros hombres”<sup>1399</sup>, confirmando además que la pena, y pese a su programa político criminal, no deja de ser mal<sup>1400</sup>, con lo que no modifica su entidad la reforma beccariana, sino que se modifica el exceso por tiránico<sup>1401</sup>, persistiendo la misma autoridad<sup>1402</sup> y el mismo poder de la penalidad<sup>1403</sup>.

Ahora bien, la circulación del poder de la penalidad al cuerpo social, no por ello implica que la penalidad quede desprovista de poder, como efecto de la moderación punitiva. Si la circulación se produce de forma distributiva a lo largo y ancho del cuerpo social, no es menos cierto que su circulación habría de producirse dentro del espacio mismo de la penalidad, radicada en los distintos instrumentos de aquélla.

En efecto, uno de los puntos principales y más notorio en esta distribución en BECCARIA, sea tal vez el traslado que efectúa de los efectos preventivos de la pena de la ejecución de la misma, a la enunciación de la norma, donde señala que la ley al prescribir la pena debe infundir temor<sup>1404</sup> y ser suficientemente clara<sup>1405</sup> para colegirse este efecto en el ánimo del hombre<sup>1406</sup>. Con lo cual, no renuncia al terror de la pena, sino sólo a la forma de provocarlo<sup>1407</sup>. De ahí que si de fines preventivos se trata, no existen diferencia como bien apunta ANTÓN ONECA<sup>1408</sup>, salvo en donde se ubica lo que produce dicho efecto.

Otro de los aspectos beccarianos, es el énfasis en la duración sobre la intensidad de las impresiones surgidas de la penalidad, puesto que las repeticiones en la sensibilidad puestas en un contexto de extensión y duración, producen mayor efecto que las impresiones intensas<sup>1409</sup>. En la repetición prolongada en un espacio de tiempo mayor, encuentra BECCARIA su mayor efecto. El alcance distributivo (y estético) es evidente.

---

<sup>1398</sup> “El derecho de castigar –señala FOUCAULT- ha sido trasladado de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Pero se encuentra entonces reorganizado con unos elementos tan fuertes, que se vuelve casi más terrible. Se ha alejado al malhechor de una amenaza, por naturaleza, excesiva, pero se le expone a una pena que no se ve lo que pudiera limitarla. Retorno de un sobrepoder terrible. Y necesidad de oponer a la fuerza del castigo un principio de moderación” (Ibíd., pp. 94-95).

<sup>1399</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas (e)*, p. 58.

<sup>1400</sup> Ibíd., p. 80.

<sup>1401</sup> Ibíd., p. 80.

<sup>1402</sup> Ibíd., p. 32.

<sup>1403</sup> Ibíd., p. 30.

<sup>1404</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas (d)*, p. 112.

<sup>1405</sup> Ibíd., p. 113.

<sup>1406</sup> Ibíd., p. 112.

<sup>1407</sup> Es como en este sentido señala: “La pena de muerte llega a ser un espectáculo para la mayor parte, y un objeto de compasión mezclada con desdén para algunos: estos dos sentimientos ocupan el ánimo de los espectadores más que el saludable terror que la ley pretende inspirar. Pero en las penas moderadas y continuas el sentimiento predominante es el último, porque es el único que inspiran” (Ibíd., pp. 72-73).

<sup>1408</sup> ANTÓN ONECA expresa “produce extrañeza que los hombres de la ilustración, críticos implacables de la legislación del antiguo régimen, reconociesen a la penalidad el mismo fin que aquélla” (ANTÓN ONECA, JOSÉ, *Discurso leído en la apertura del Curso Académico de 1944 a 1945*, Imprenta Cervantes, Salamanca, 1944, p. 35).

<sup>1409</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas (e)*, p. 83.

Con la duración como magnitud punitiva, se llega a concebir penas como las privativas de libertad, concebible por BECCARIA en tanto mejoraran las condiciones de la misma<sup>1410</sup>, y que una “esclavitud perpetua”, parecerían sugerirla<sup>1411-1412</sup>. El poder punitivo así, no deja por ello de perder su naturaleza. Esto más aún es así, si se piensa que BECCARIA con el énfasis en la duración o extensión como magnitud punitiva, no desecha por ello la intensidad como otro índice de la dosimetría de la pena. Consideremos el factor ‘repetición’ de la ‘impresión’ de la que habla BECCARIA: *más* repeticiones *menos* intensas, son mejores que *menos* repeticiones *más* intensas, lo cual pretende un equilibrio entre lo *cuantitativo* y lo *cualitativo*. Pero ello, en ningún momento ha significado desprenderse de lo cualitativo, ya que la intensidad debe estar presente para determinar una cuantificación proporcional en el tiempo, sino no tendría sentido tal distribución temporal. La intensidad así, es consubstancial al constructo, sólo que reducida y ‘distribuida’ en el tiempo.

La distribución dentro del derecho penal mismo, tiene como efecto el que la semiótica del terror penal se exprese de modo diferente. De hecho, toda esta “idea irracional de intimidación”<sup>1413</sup> que inspiraba la reforma ilustrada, sobre todo en BECCARIA, sea tal vez una compensación semiótica a la descongestión del “teatro del castigo”<sup>1414</sup> veterocriminal.

La distribución no produce un ‘abandono’ de la penalidad del derecho penal mismo, por su circulación en el cuerpo social, ya que de lo contrario, la penalidad no podría ser expresada ni modificada como tal por los reformadores y los mismos elementos de la penalidad distribuida en el cuerpo social serían extraños y excluyentes a la penalidad misma —o al derecho penal mismo—, cuestión inconciliable y que produce paradojas insostenibles. Esto, porque la naturaleza de la penalidad dejaría de ser definida como tal, lo que devendría en la pérdida de su naturaleza, degenerando entonces, en otra cosa diferente de la penalidad.

Esto también significa, que dado que los ecos de la reforma penal ilustrada no han dejado de sentirse, puesto que el fundamento de la reforma seguiría siendo la piedra donde descansaría el edificio completo de la penalidad moderna<sup>1415</sup>, la distribución

<sup>1410</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (d), p. 52.

<sup>1411</sup> “No es el espectáculo terrible, pero pasajero, de la muerte de un malvado, sino el prolongado y doloroso ejemplo de un hombre privado de su libertad, que se ha convertido en bestia de servicio recompensa con sus fatigas a la sociedad que ha ofendido, lo que constituye el freno más fuerte contra los delitos (...) Yo mismo seré reducido a tan larga y mísera condición si cometo semejantes delitos, es mucho más poderoso que la idea de la muerte, que los hombres ven siempre en una oscura lontananza (...) Muchos miran la muerte con rostro tranquilo y firme (...) pero ni el fanatismo ni la vanidad permanecen entre los grillos o las cadenas, bajo el palo, bajo el yugo, en una jaula de hierro; el desesperado no termina sus males, sino que los empieza” (Ibíd., p. 72 y p. 73).

<sup>1412</sup> En este mismo sentido BUENO ARÚS, FRANCISCO, “Los fines de la pena y la pena de prisión en Beccaria y en la política criminal española contemporánea”, pp. 306-307.

<sup>1413</sup> GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL, “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, p. 61.

<sup>1414</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 109, p. 117.

<sup>1415</sup> Cfr. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, “Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España”, pp. 956-957; ASÚA BATARRITA, ADELA, “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, p. 10 y p. 35, señalando esta última lo que sigue: “el sistema penal *continúa articulado fundamentalmente sobre los mismos presupuestos ideales de hace dos siglos*. Cuando hoy se habla de “crisis” del principio de culpabilidad y de “crisis” del derecho penal *emergen de nuevo estas paradojas* [el resaltado es nuestro]; Pass. FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, en especial p. 33, donde se señala: “El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico —la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia— en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”. En cuanto a la influencia en la dogmática alemana Cfr. TORIO, ÁNGEL, “La pena de muerte. Problemática histórica y contemporánea”, pp. 96-97; ASÚA BATARRITA, ADELA, “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, p. 24.

ilustrada no es un fenómeno estático, sino dinámico, o a lo menos, los recursos diseñados desde allí son tales, que pueden ser dispuestos para ser dinamizados en adaptación a las condiciones políticas.

Todo ello implicaría que los elementos en la penalidad que se producen con la reforma ilustrada, mantienen una identidad en cuanto al poder punitivo con el del *ancien régime*, ya que existiendo dentro del esquema cuestiones que denotan identidad, como el fin de la pena por ejemplo, responden en su forma a modificaciones cualitativas que los reformadores propiciaron, ya que el *quantum* en el poder punitivo mantiene su verdadera e inalterada expresión contable, sólo morigerada por una distribución calculada de la reforma ilustrada.

#### 4. CONCLUSIÓN

Por mucho que pueda insistirse en la idea que MAQUIAVELO simplemente describe la realidad -como por ejemplo, cuando se le dice y respecto de *Il principe* "notario de la realidad de su tiempo"<sup>1416</sup>- lo cierto es que tanto de la lectura de *Il principe* como de otros textos en coordinación con éste, deja a vislumbrar que lejos de ser un mero descriptor, igualmente es un programador, un diseñador, y un ingeniero político<sup>1417</sup>.

Comparando dicho libro con los *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, aparentemente pudiesen parecer diferentes, pero en realidad no lo son<sup>1418</sup>.

En una primera lectura, este último parece ser la forma de gobierno ideal expuesta por MAQUIAVELO<sup>1419</sup>, a diferencia del estado más bien real expuesto en el *Il principe*<sup>1420</sup>,

<sup>1416</sup> ARTAZA, MANUEL M<sup>a</sup> DE, "Estudio Preliminar", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, [trad. FERNANDO DOMÈNESCH REY], Ediciones Istmo, Madrid, 2000, p. 35.

<sup>1417</sup> Viene bien en citar a VALLET DE GOYTISOLO quien señala del programa político de MAQUIAVELO lo siguiente: "Antes que Descartes dijera que su física era geometría, MAQUIAVELO habría podido pretender que su política no era sino matemática, con sus signos fundamentales: más, menos, igual. Por otra parte, para no aprehender en el hombre y en el mundo sino sus aspectos cuantitativos, es preciso con toda evidencia que la razón que los capta esté, en sí misma, completamente matematizada y mecanizada. Podría decirse, si caer en la caricatura, que MAQUIAVELO ve en el homo duplex el mecanismo de la razón actuando sobre el mecanismo de las pasiones y de los instintos, y su yuxtaposición actuando, a su vez, sobre la máquina del mundo (...) Está claro que una razón tan resueltamente matemática ignora las nociones de bien y de mal; ni siquiera cabe verdad ni error en el sentido propio de la palabra, no hay sino exactitud o inexactitud. En esto MAQUIAVELO es el pensador contemporáneo por excelencia en un mundo entregado a las técnicas"<sup>1417</sup>. La matemática de la ciencia política aquí, tal y cual lo es para el ingeniero en su diseño.

<sup>1418</sup> En idéntico sentido DÍAZ PADILLA, FAUSTO, "El concepto de hombre en Nicolás Maquiavelo", *El Basilisco*, Mayo-Octubre, N° 10, 1980, pp. 51-60; p. 60. Sin embargo, este ve "fases sucesivas del devenir político", donde los *Discorsi* serían superación de *Il principe*. Cualquiera sea la alternativa, no deja de ser cierta la irrupción del pensamiento político de MAQUIAVELO de *Il principe*, en la conformación práctica del poder político, cualquiera sea la forma de gobierno asumida modernamente. Del mismo modo SABINE, el cual ve una unidad de pensamiento en ambas obras, orientadas a una u otra forma de gobierno de las que señala MAQUIAVELO en *Il principe* (SABINE, GEORGE, "Las ideas políticas de Maquiavelo", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, pp. 35-53, p. 41).

<sup>1419</sup> Que vendría a ser su referente la república romana, aunque fundada en el equilibrio de tres formas coexistentes, como lo era la monarquía, la aristocracia y la democracia, en extraña alianza por lo demás. Ampliamente Cfr. MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", sobre todo la enunciación resumida en p. 66.

<sup>1420</sup> En este sentido GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, "Nicolás Maquiavelo en su quinto centenario", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El Príncipe*, Editorial Porrúa, México D.F., 27 edición, 2010, p. XXIX; DÍAZ PADILLA, FAUSTO, "El concepto de hombre en Nicolás Maquiavelo", *El Basilisco*, Mayo-Octubre, N° 10, 1980, pp. 51-60, p. 60; VELASCO ZORRILLA, ANTONIO, "Maquiavelo", *La Torre del Virrey: revista de estudios culturales*, N° 4, 2007, pp. 47-54, p. 49.

lo que por ello induce a pensar que su examen es más bien considerado como descriptivo. Pero sus textos son complementarios, ya que no por ello los *Discorsi* deja de referirlos igualmente a descripciones para argumentar su proposición política, ni *Il príncipe* deja de realizar propuestas sobre las descripciones. Más aun *Dell'arte della guerra* es eminentemente un texto que teniendo fines militares, tiene por objetivo el poder político, y su diseño es posible atisbarlo en su construcción política.

En HOBBS no es menor tal consideración diseñadora.

Piénsese en que pese a que las sensaciones las consideraba irracionales<sup>1421</sup>, igualmente les otorgaba una importancia vital en el plano político, en cómo ellas podían ser afectadas para producir efectos políticos. Ello explicaba el por qué a la ciencia no le concedía mayor poder, por no ser masiva, a no ser que estuviesen destinadas a la defensa y al ataque<sup>1422</sup>, con lo que las formas de ingenio que representaban este fin, eran puestas en alta estima: la ingeniería de los artilugios. Así el énfasis en el diseño que sirve para un fin político es considerado como válido de teorizar: lo que conduzca al afianzamiento del poder político.

Los instrumentos “diseñados” expresan y explican, un poco por sí mismos, el por qué la preocupación de los autores por la epistemología y las estrategias y usos en la guerra.

---

<sup>1421</sup> En el mismo sentido y referido a las cuestiones de la voluntad y de las pasiones, BRANDA, CORINA INÉS, "Razón natural y racionalidad política en el Leviatán de Thomas Hobbes", p. 70.

<sup>1422</sup> "Las artes de utilidad pública, como fortificaciones, confección de ingenios y otros artefactos de guerra, son poder porque favorecen la defensa y confieren la victoria. Y aunque la verdadera madre de ellas es la ciencia, particularmente las Matemáticas, como son dadas a la luz por la mano del artífice resultan estimuladas (en este caso la partera pasa por madre) como producto suyo" (HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, pp. 109-110).



## CAPÍTULO VII: RELACIONES ENTRE EL PODER POLÍTICO Y EL DERECHO PENAL: LA ETIOLOGÍA POLITOLÓGICA DE LA INFLACIÓN PENAL.

### I. EXPOSICIÓN

Cuando habemos de referirnos a la genérica expresión de relación entre derecho penal y política, no se hace en el sentido de los cruces metodológicos entre disciplinas, como ya lo expresare DONINI en un trabajo suyo intitulado “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”<sup>1423</sup>. No se toma aquí al término ‘derecho penal’ con este significado de disciplina, estudio o ciencia, sino más bien en el sentido del derecho penal como objeto, esto es, la ley penal, o como hemos expresado igualmente y siguiendo en su terminología a FOUCAULT, la penalidad. Tampoco ‘política’, y como ya fue advertido, es sinónimo ni de política-criminal ni de estudio (aunque si incluye la politología del ‘ingeniero político’), sino más bien de ejercicio y práctica del poder político.

Al concepto de ZAFFARONI que define la ley penal como acto político<sup>1424</sup>, no cabe sino adherirnos. Pero agreguemos a ello el hecho que el que sea así, es justamente la base por la cual la pregunta por sus relaciones no sea para nada impertinente ni fuera de lugar; antes que eso, completamente necesaria.

Pero tales relaciones hemos de orientarlas hacia el foco de nuestro trabajo, como es el de la inflación penal, y en virtud de ello la pregunta es de qué manera la política influye inflacionariamente en el derecho penal, y entreverados ya en un estudio de las relaciones interrogarse sobre cuáles son las relaciones que producen dicho fenómeno. El estudio de las relaciones entre la ley penal y el poder político nos lleva así hacia los factores o causas que producen la inflación penal, al menos, mirados desde esta perspectiva.

De ahí que, en primer lugar y siguiendo los previos análisis del Capítulo precedente, nos adentremos en la narración politológica y jurídica de MONTESQUIEU y su estudio de las relaciones entre la ley penal y el poder político, y como ello se extiende luego a los análisis realizados por BECCARIA.

### II. EL DISEÑO POLÍTICO Y LAS RELACIONES ENTRE EL PODER POLÍTICO Y LA PENALIDAD

#### 1. EXISTENCIA DE LAS RELACIONES ENTRE PENALIDAD Y PODER POLÍTICO

Cuando MONTESQUIEU intitula su trabajo como *Del Espíritu de las Leyes* (o *El Espíritu de las Leyes*), pretende con ello significar “relaciones” entre las leyes: “Lo que me propongo hacer en esta obra es *examinar* todas estas *relaciones* que, *juntas, forman* lo que se llama el *espíritu de las leyes*”<sup>1425</sup> [énfasis nuestro, excepto *espíritu de las leyes* del autor]. Es dentro de este contexto que existen pasajes de su obra referido a la penalidad y

<sup>1423</sup> DONINI, MÁXIMO, “La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico”, *Revista de Estudios de la Justicia*, [trad. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ], Nº 4, 2004, pp. 27-50.

<sup>1424</sup> ZAFFARONI, EUGENIO, *Manual de Derecho Penal*, p. 23.

<sup>1425</sup> MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, [trad. MERCEDEZ BLÁZQUEZ Y PEDRO DE VEGA], Editorial Tecnos, Madrid, 1993, p. 11.

el poder político. Que sean éstas pensadas en tanto relaciones y como objeto de estudio en esa calidad, no es lo más probable. Pero no termina al menos de ser sugerida esa idea, sea por el contexto de la obra (el que ya habla de relaciones), o sea por expresiones del mismo autor, tales como “las penas se relacionan con la naturaleza del Gobierno”<sup>1426</sup>.

Sea como fuere, MONTESQUIEU hace una serie de señalamientos de los cuales se puede inferir tal relación. Y para ello, ha de concebir, primeramente, la naturaleza de dicho Gobierno. Éste, para el bordelés, es sinónimo de detentación del poder soberano y ejercicio del mismo<sup>1427</sup>, y que da asiento al resto de las construcciones del aparato político al considerarlas fundamentales<sup>1428</sup>. Desde esta base encuentra un correlato: el que las leyes civiles eran trocadas a la par o en la medida que las leyes políticas se iban modificando<sup>1429</sup>.

## 2. TIPOS DE RELACIONES INFERIDAS

### a. Entre el poder político y la penalidad

MONTESQUIEU relataba la actitud de los decenviros, de cómo al hacer la penalidad más severa se pretendía hacerla influir en la reducción de un espíritu libertario<sup>1430</sup>. El efecto de “moderación” en la pena se habría dado con posterioridad y tras la expulsión de los decenviros<sup>1431</sup>. Pero Sila al dictar las *Leyes Cornelia*, habría retornado a un pasado de severidad punitiva, cuestión que MONTESQUIEU le reprobó por confundir la tiranía, la anarquía y la libertad<sup>1432</sup>. El “Gobierno militar” instaurado por los emperadores, a instancias de Maximino, habría repercutido en la penalidad al agravarla con penas crueles e infamantes<sup>1433</sup>, causalmente atribuido por el bordelés a la acción de “ejercer la disciplina militar, por cuyo modelo pretendía regular[se] los asuntos civiles”<sup>1434</sup>. De ahí que luego surgiera la intención de “atemperarlo”<sup>1435</sup>.

MONTESQUIEU igualmente refiere que, por un lado, los suplicios aumentaban en la medida en que se perdía (disminuía) la costumbre<sup>1436</sup>; pero por otro, que los autores chinos observaban que cuanto mayor era el rigor penal y los suplicios, “más próxima estaba la revolución”<sup>1437</sup>. Por ello, según el bordelés, para los Estados europeos sería fácil probar como las penas aumentan o disminuyen “en la medida en que se acercaban a la libertad o se alejaban de ella”<sup>1438</sup>.

<sup>1426</sup> Ibid., p. 64.

<sup>1427</sup> Ibid., p. 11.

<sup>1428</sup> Ibid., p. 11 y p. 12. Y que por lo demás, después de exponernos su fundamento metodológico, es materia de los primeros análisis a los que se dedica en *Del espíritu de las leyes*.

<sup>1429</sup> Ibid., p. 64.

<sup>1430</sup> Ibid., p. 64.

<sup>1431</sup> Ibid., p. 65.

<sup>1432</sup> Ibid., p. 65.

<sup>1433</sup> Ibid., p. 65-66.

<sup>1434</sup> Ibid., p. 66.

<sup>1435</sup> Ibid., p. 65.

<sup>1436</sup> Ibid., Libro IV, cap. VIII, p. 31; Libro VII, cap. XVI, p. 78; Libro X, cap. XI, p. 100; Libro XII, cap. XXVII, p.

143.

<sup>1437</sup> Ibid., p. 60.

<sup>1438</sup> Ibid., p. 60. Y entendía MONTESQUIEU por libertad en “poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer”, o el “derecho de hacer todo lo que las leyes permiten” (Ibid., p. 106).



“Las pasiones propias de los litigantes –expresa el bordelés-, que suponen el deseo ardiente de alcanzar justicia, el odio, la acción en el espíritu y la constancia para continuar (...) todo lo cual *debe evitarse* en un Gobierno donde el único sentimiento que puede existir es el temor, y donde todo acarrea imprevisibles y súbitas revoluciones”<sup>1439</sup> [el resultado es nuestro]. En este punto MONTESQUIEU deja de ser meramente descriptivo como lo es en general en *Del espíritu de las leyes*, para efectuar un aspecto propositivo, proposición que se funda en una fórmula general: evitar los efectos pasionales que conduzcan a sentimientos subversivos. Esto elimina la aleatoriedad para un control de lo subversivo. Una forma de avivar estas pasiones de subversión, es el rigor penal, según hemos visto. De ahí que parece fundamentar el acicate de MONTESQUIEU a la morigeración punitiva.

BECCARIA, por su parte, pone en boca de un hipotético criminal lo siguiente:

“¿*Cuáles son (dice) estas leyes, que yo debo respetar*, que dejan tan grande diferencia entre mí y el rico? Él me niega un dinero que le pido, y se excusa con mandarme un trabajo que no conoce. ¿*Quién ha hecho estas leyes?* Hombres ricos y poderosos, que no se han dignado ni aun visitar las miserables chozas de los pobres, que nunca han dividido un pan duro y enmohecido entre los inocentes gritos de los hambrientos hijuelos las lágrimas de la mujer. *Rompamos estos vínculos*, fatales a la mayor parte y útiles a algunos pocos e indolentes tiranos, *acometamos la injusticia en su origen*. Volveré a mi primer estado de independencia natural, viviré libre y feliz por algún tiempo con los frutos de mi valor y de mi industria; vendrá acaso el día del dolor y del arrepentimiento, pero será breve este tiempo y tendré uno de calamidad por muchos años de libertad y de placeres. Rey de un corto número, corregiré los errores de la fortuna, y veré estos tiranos palpar y cubrirse de palidez a la presencia de aquel que, con un insultante orgullo, posponían a sus caballos y a sus perros”<sup>1440</sup> [el resaltado es nuestro].

Los dichos del hipotético criminal se plantean, hasta cierto punto, como el *futuro* posible para BECCARIA, futuro que tiene como presente leyes penales duras, rigurosas, desdulficadas.

Este texto es una inserción en el cuerpo de ideas, para reforzarlas, inserción que es en términos literarios, una narración consistente en un relato, y básicamente, en un relato distópico.

En efecto, la distopía aquí consiste en el futuro abyecto para el narrador, y por ende, no deseado.

La narración en sí, es relativamente clara en su exposición. El crimen se entiende como un acto político, de rebelión política, y como tal, acto contra toda institucionalidad que real o simbólicamente represente la ley injusta. El crimen se aprecia como una forma de igualar fuerzas, una suerte de ‘ojo por ojo’, de injusto por injusto. El criminal así y en esta equivalencia de fuerzas, se erige como Rey.

La distopía así se representa en el hecho de la rebelión, o dicho de modo directo, el futuro distópico para el narrador es la rebelión política.

Frente a ello, BECCARIA opone y contrasta lo siguiente:

“Pero quien ve ante sus ojos un gran número de años o incluso todo el transcurso de la vida que pasaría en la esclavitud y en el dolor en presencia de sus conciudadanos con los cuales vive libre y sociable, esclavo de aquellas leyes por las cuales era protegido, hace una inútil comparación de todo esto con la incertidumbre del éxito de sus delitos y con la brevedad del tiempo en que gozaría de sus frutos. El ejemplo

<sup>1439</sup> Ibid., p. 55.

<sup>1440</sup> BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas (d)*, p. 74.

continuo de los que actualmente ve víctimas de la propia irreflexión le produce una impresión mucho más fuerte que el espectáculo de un suplicio que lo endurece más que lo corrige”<sup>1441</sup>.

Este segundo relato consiste en una ucronía. El punto de separación entre el pasado alterno<sup>1442</sup> como resultado del crimen, y aquél en que no se llevó a cabo, lo marca el cambio de legislación penal de una draconiana a una dulcificada.

Toda esta narración que realiza BECCARIA, es eminentemente política, como puede verse, pero que tiene su punto de partida en la legislación penal y su reforma. El mensaje inferido es el siguiente: si la ley penal continúa en su recrudescimiento, “más próxima estaba la revolución” (distopía); si existe moderación punitiva, la revolución se aleja (utopía). Penalidad y poder político se entrecruzan. Lo que perceptivamente es descrito como “injusticia” en el aspecto penal, conmocionaría, de acuerdo al relato, los cimientos de la autoridad y del poder político, ya que la penalidad es un extremo de este hilo de Ariadna, del cual sólo basta tirar un poco y seguir su ruta hasta encontrarnos con el otro extremo que es el poder político.

Como ha podido notarse, tales exámenes de ambos pensadores ilustrados dejan en principio sentada la relación entre la mayor o menor rigorización política y la penalidad, y entre la mayor o menor rigorización penal y el poder político, de tal modo que *a mayor autoritarismo político, mayor habría de ser el rigor penal*, y por el otro lado, *a mayor rigor penal, más riesgo revolucionario*, y por ende, mayor riesgo de la pérdida en la conservación del poder; y en el otro extremo, *a menor severidad en las penas, menor resistencia el poder político*.

Ahora, el que si tales fines políticos inscritos en la idea de la moderación punitiva tuviesen realidad o no como intención, puede discutirse, pero no es menos cierto que del texto es posible desprender ello al menos como efecto, sea para impresionar a príncipes y reyes en su cierta aplicación por los autores y con la mira de una búsqueda ulterior humanidad como principal, o no.

## **b. Relaciones entre la economía (política-económica) y la penalidad**

BECCARIA, del punto de vista de la economía, era seguidor de las ideas de los fisiócratas por sobre los mercantilistas<sup>1443</sup>. Aquellos son considerados, en estricto rigor, como la primera escuela científica de la economía<sup>1444</sup>. La base generativa es, en parte, una respuesta ante las ineficientes actuaciones del antiguo régimen en materia económica, como una carga impositiva deficiente, excesos en la onerosidad en el lujo sobre todo del ornato, exceso en los gastos legales, lo cual incidía y se complementaba a la generación de pobreza<sup>1445</sup>, sumado todo esto a un mal trato dado a los trabajadores agrícolas<sup>1446</sup>.

---

<sup>1441</sup> *Ibíd.*, p. 74.

<sup>1442</sup> Denominado por la literatura como “Jonbar Hinge”. Cfr. BARBER, SUZANNE; HALE, MATT, “Upcycling the Past, Present, and Future in Steampunk”, TADDEO, JULIE ANN; MILLER, CYNTHIA, *Steampunk fiction*, Scarecrow Press, UK, 2013, pp. 165-184, p. 167.

<sup>1443</sup> MONDOLFO, RODOLFO, *Cesare Beccaria y su Obra*, p. 73.

<sup>1444</sup> HIGGS, HENRY, *Los fisiócratas*, [trad. JAVIER MÁRQUEZ], Fondo de cultura económica, México, 1944, pp. 15-16 y p. 139; GONNARD, RENÉ, *Historia de las doctrinas económicas*, [trad. J. CAMPO MORENO], 8 edición, Aguilar, Madrid, 1968, p. 219.

<sup>1445</sup> HIGGS, HENRY, *Los fisiócratas*, p. 25.

<sup>1446</sup> *Ibíd.*, p. 54.

“Tales eran –relata HIGGS-, en esquema las calamidades económicas del *ancien régime*. Un estado de cosas tan deplorable no podía por menos de provocar las críticas y avivar la imaginación de los hombres que pensaban”<sup>1447</sup>.

Así y como estaban las cosas, MIRABEAU atisbaba, un levantamiento general<sup>1448</sup>. Ante esto pretendían reaccionar los fisiócratas. QUESNAY, como fundador de éstos, sostenía muchos de los principios liberales económicos. No por nada es considerado como padre del liberalismo económico<sup>1449</sup>. Algunas de estas cuestiones por él sostenidas, entre otras, era la propiedad y su seguridad como fundamento esencial del orden económico social<sup>1450</sup>, la circulación completa de la riqueza<sup>1451</sup>, y por cierto, la más absoluta de las libertades de comercio<sup>1452</sup>, donde el Estado no interviniese en el libre cambio económico<sup>1453</sup>. Este último principio de amplia libertad sostenida por todos los prosélitos fisiócratas<sup>1454</sup>, llegó a ser casi un logo reducido a la consigna *laissez-faire, laissez-passer*<sup>1455</sup>. Pero tal libertad, se complementaba además, por un robusto derecho de propiedad. Esta cuestión la planteaba bien LA RIVIÈRE, para quien es la propiedad individual ínsita al derecho de autoconservación y como tal necesaria, sobre todo en su libertad de uso estimada como una libertad social. Tal orden de cosas, liga a todos, tanto al soberano como al pueblo por un interés común<sup>1456</sup>, cuestión esta última ligada a la idea de derecho natural y que QUESNAY y LE MERCIER iban a consagrar como tal en obras posteriores<sup>1457</sup>. Por su parte, TURGOT además sostenía la imposibilidad de comercio al haber un reparto igualitario de bienes<sup>1458</sup>, con lo cual, la desigualdad era necesaria para sentar las bases de la economía.

Si bien los fisiócratas estaban de acuerdo con el libre comercio, políticamente eran conservadores<sup>1459</sup>. LA RIVIÈRE, por ejemplo, era sostenedor de la existencia de un soberano (monarca), debiendo ser hereditario con dominio absoluto en la nación y copropietario de su suelo<sup>1460</sup>, inserto así en un régimen de despotismo, pero según de “despotismo legal”<sup>1461</sup>. La respuesta de MIRABEAU a la pregunta de FRIEDRICH DE BADEN, si con la no intervención del Estado no desaparecerían los soberanos, también es elocuente: “los dominios públicos necesitarían un dueño, y que su deber conseguiría en

---

<sup>1447</sup> Ibíd., p. 24.

<sup>1448</sup> Ibíd., p. 23.

<sup>1449</sup> Ibíd., p. 60.

<sup>1450</sup> QUESNAY, FRANÇOISE, “Máximas generales de la política económica en un país agrícola”, *Le tableau économique*, [trad. JAVIER GALLIFA], Ediciones de la revista de trabajo, Madrid, 1974, pp. 197-234, pp. 200-201.

<sup>1451</sup> Ibíd., pp. 206-209.

<sup>1452</sup> “Que se mantenga una plena libertad de comercio; porque la más segura vigilancia sobre el comercio interior, más exacta, la más útil para la nación y para el Estado, consiste en una libertad de concurrencia completa” (Ibíd., p. 228); De igual forma mencionada en HIGGS, HENRY, *Los fisiócratas*, p. 45.

<sup>1453</sup> HIGGS, HENRY, *Los fisiócratas*, pp. 82-83.

<sup>1454</sup> LA RIVIÈRE, por ejemplo, insiste en la libertad de comercio la cual debe ser tanto interna como externa (Ibíd., p. 87).

<sup>1455</sup> Que según HIGGS, no se debe a GOURNAY que fue quien la hizo clásica, sino a LE GENDRE (Ibíd., p. 81).

<sup>1456</sup> Ibíd., p. 84.

<sup>1457</sup> GONNARD, RENÉ, *Historia de las doctrinas económicas*, pp. 208-209.

<sup>1458</sup> TURGOT, R.J., *Reflexiones sobre la formación y la distribución de las riquezas*, [trad. EDUARDO ESCARTÍN GONZÁLEZ], Universidad de Sevilla, Sevilla, 2003, p. 205.

<sup>1459</sup> GONNARD dice de los fisiócratas: “Sólo admiten la monarquía hereditaria, absoluta, patrimonial, donde ningún poder restringe el poder real, es decir, el despotismo legal” (GONNARD, RENÉ, *Historia de las doctrinas económicas*, p. 216).

<sup>1460</sup> HIGGS, HENRY, *Los fisiócratas*, p. 84.

<sup>1461</sup> Ibíd., p. 85.

mantener el orden social y estimular la enseñanza<sup>1462</sup>. Pero elocuente además es el hecho que algunos reyes y príncipes eran miembros de los fisiócratas<sup>1463</sup>, donde incluso Leopoldo II o José II implementaron medidas sostenidas por ellos, y que aún los propios fisiócratas no consideraban a TURGOT como de los suyos, teniendo como motivo -entre los varios sostenidos-, por sus reservas a la monarquía<sup>1464</sup>.

Esto que pareciera ser contradictorio no lo era. De hecho HARCOURT resalta la contrariedad no como contradicción, ya que los fisiócratas introducen la idea del “orden natural”, que tendría influencia posterior en el pensamiento económico neoliberal, en el sentido de la regulación natural del mercado (la mano invisible smithiana). Pero si bien rechazan la intervención Estatal aquí por razones de orden natural, lo aceptan en la penalidad, ya que se debían corregir todas aquellas cuestiones que estuviesen contra la ley natural, como eran los delitos<sup>1465</sup>.

Dentro de este marco se movía BECCARIA, y al igual que sus compañeros de armas era económicamente liberal, y políticamente conservador según ya hemos advertido.

Con lo cual, fuera de poder existir la relación inversa antes señalada, esto es, a *liberalización penal, autoritarismo político*, también podría ser sostenible junto a dicho autoritarismo político, la liberalización económica.

No existía incompatibilidad así, según la hipótesis fisiócrata, contradicción en estos puntos, cuestión que se ha desarrollado sin interferencias desde el ascenso de la clase burguesa. SABINE señala lo siguiente:

“Por primera vez desde la caída del imperio romano, la sociedad europea tenía una clase considerable de hombres que poseían dinero y espíritu de empresa. Por razones obvias, esa clase era el enemigo natural de la nobleza y de todas las divisiones y desórdenes fomentados por los aristócratas. Sus intereses necesitaban de un gobierno “fuerte” tanto en el país como fuera de él y de ahí que su aliado político natural fuera el rey. Por el momento se limitaron a ver aumentar el poder del monarca a expensas de todos los frenos y limitaciones que habían rodeado a la monarquía medieval. Esa nueva clase de adinerados no podía aspirar aún a dominar el parlamento frente a la influencia de la nobleza; por ello estaba dispuesta a subordinar las instituciones representativas a la monarquía”<sup>1466</sup>

Y aún son compatibles el autoritarismo político y la liberalidad económica, en reproducciones de data reciente<sup>1467</sup>.

Se hace posible postular que BECCARIA, dentro de este contexto, hacía jugar a la penalidad de alguna manera en relación con lo económico, entendiendo a la penalidad como parte de un conjunto de reformas ligadas a un programa general; en primer lugar, como una parte más de este programa donde se encontraba lo económico; en segundo lugar, como facilitando la vía para la liberalización económica.

---

<sup>1462</sup> Tomado de Ibíd., p. 83.

<sup>1463</sup> Ibíd., p. 16.

<sup>1464</sup> Ibíd., p. 111.

<sup>1465</sup> Pass. HARCOURT, BERNARD, "Neoliberal Penalty: The birth of natural order, the illusion of free markets"; HARCOURT, BERNARD, "Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy", pp. 6-7, 12.

<sup>1466</sup> SABINE, GEORGE, "Las ideas políticas de Maquiavelo", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, pp. 35-53, p. 36.

<sup>1467</sup> Como por ejemplo en la dictadura de Pinochet en Chile –con el sistema neoliberal de FRIEDMAN (Cfr. ARRIZABALO MONTORO, XABIER, *Milagro o quimera: la economía chilena durante la dictadura*, 1ª edición, Los libros de la catarata, Madrid, 1995)- y el sistema de E.U.A. bajo las administraciones de NIXON, REAGAN, BUSH padre e hijo, por nombrar sólo algunas.

La primera de estas posibilidades plantea el problema de la penalidad no como un problema único, sino sumado a los problemas económicos. Las palabras de los fisiócratas, a este respecto son claras: “¿de qué se trata para la prosperidad de una nación? De cultivar la tierra con el mejor resultado posible [que era una de las premisas básicas de los fisiócratas], y de librar a la sociedad de ladrones y de malvados. El interés ordena la primera parte, y al gobierno civil se confía la segunda”<sup>1468</sup>.

ASUA BATARRITA señala sobre lo dicho, lo que sigue:

“...el programa de Beccaria, no es una mera propuesta de humanización y racionalización de la justicia y de suavización de los castigos; a lo largo de su discurso se devela una profunda crítica de la arbitrariedad asentada en las diferencias y privilegios, y su oposición a una estructura aristocrática y feudal *que obstaculizaba el desarrollo industrial y libertad de comercio*”<sup>1469</sup> (...) el camino que propone [Beccaria] para avanzar hacia esa igualdad pretendida es el del desarrollo del comercio y la industria, la abolición de la riqueza improductiva, y en definitiva el *modelo liberal capitalista que históricamente empieza a dibujarse a finales del XVIII*”<sup>1470</sup> [el resaltado es nuestro].

La segunda de las posibilidades planteadas (la penalidad como vía para la liberalización económica), puede visualizarse del siguiente modo. La penalidad en el estado en que se encontraba en el antiguo régimen era un obstáculo, puesto que si bien podría haberse producido una reforma a nivel económico, dado a que el derecho penal seguía haciendo visible al poder político en toda su magnitud, el sentimiento de animadversión hacia el aparato político subsistía, ya que éste continuaba visualizándose tal como lo venía haciendo hasta el minuto. La reforma a la penalidad así, posibilitaba el paso a la modificación económica.

Pero además esto estaba tomado en el sentido que la delincuencia eran actos ineficientes que complotaban contra la eficiencia del mercado<sup>1471</sup>, y de ahí la preocupación de la penalidad en relación a la economía, y en ese sentido.

Como expone HARCOURT, el camino emprendido por BECCARIA, desde la economía política, persigue fines allí en la penalidad, puesto que éste piensa que la economía podría eliminar el exceso de brutalidad del siglo XVII<sup>1472</sup>. Esto marcaría una dirección contraria del sentido de la flecha, respecto a las relaciones entre la penalidad y la economía, ya no simplemente el facilitar la liberalización económica por medio de la penalidad, sino de optimizar la penalidad a través de la economía, aunque tal vez ambos no sean sentidos contrarios, sino complementarios, donde el último sentido descrito por HARCOURT, sirva a su vez para posibilitar la reforma macro de la economía general<sup>1473</sup>.

---

<sup>1468</sup> GONNARD, RENÉ, *Historia de las doctrinas económicas*, p. 216.

<sup>1469</sup> ASUA BATARRITA, ADELA, "Reivindicación o superación del programa de Beccaria", p. 13.

<sup>1470</sup> *Ibíd.*, p. 16.

<sup>1471</sup> HARCOURT, BERNARD, "Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy", p. 12.

<sup>1472</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>1473</sup> HARCOURT, BERNARD, "Neoliberal Penalty: The birth of natural order, the illusion of free markets", p. 27, pp. 38-39, p. 42.

### 3. INVISIBILIZACIÓN DE LAS RELACIONES COMO DISIMULACIÓN DE LA OSTENTACIÓN DEL PODER POLÍTICO

La observación tanto de MONTESQUIEU como de BECCARIA sobre la moderación punitiva en particular, es sobre el efecto político que puede ser aprovechado o al menos evitado con dicha moderación, y con ello, se expresa la relación entre penalidad y poder político y una relación específica traducible en que la disminución punitiva conduce a la disminución de la ostentación del poder político, y con ello, la disminución en las posibilidades de rebelión o revolución.

No sólo es la visibilidad, la representación del castigo en cuanto, y como dice FOUCAULT, “teatro del castigo”<sup>1474</sup> lo que da notoriedad al poder político, sino además el exceso del ejercicio del poder punitivo, que no es más que denotación de la capacidad del poder político. De algún modo el castigo se vuelve, a buenas cuentas, ostentación del poder, como una joya demasiado grande y brillante que se luce ante una multitud depauperada. Este exceso de poder convertido en brutalidad, necesariamente tendrá su vuelta de mano en la esfera política: si la autoridad se manifiesta más visiblemente allí donde concurre el aparato penal, si la bestia o el lobo maquiaveliano se deja avistar sin complejos. Entonces, es desde la penalidad que podría plantearse peligrosamente para el poder político, la interrogante acerca de la legitimidad de dicha autoridad. De ahí que los reformadores ilustrados como les llama FOUCAULT, oponen una economía penal<sup>1475</sup> o una economía del poder de castigar<sup>1476</sup>, basada en la “sobriedad punitiva”<sup>1477</sup>

Hay en esto un juego de lo visible e invisible. La notoriedad penal hace denotar entonces la autoridad y el poder político. Si se quiere, la visibilidad de la penalidad demuestra la *relación* existente entre aquella y el poder político: lo ostentoso de la joya demuestra la riqueza de su tenedor.

Reducir la ostentación penal es reducir la ostentación política. La consecuencia natural en la percepción del sujeto sobre la penalidad (estética penal) bajo ese presupuesto, es inferir *que dicha relación es inexistente*.

Ya MONTESQUIEU nos había advertido, en el análisis de la separación de poderes, de este efecto de invisibilidad. MONTESQUIEU pretende el ejercicio del poder judicial no por órganos permanentes sino por jurados populares, teniendo como objetivo que “el poder de juzgar, tan terrible para los hombres se *hace invisible* y nulo, *al no estar ligado* a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la magistratura, pero no a los magistrados”<sup>1478</sup> [el resaltado es nuestro].

Hay una suerte de despersonalización del poder político a raíz de su invisibilidad: no hay ya más encarnaciones, sino representaciones. El poder político entra en la era de lo simbólico.

La invisibilidad de esa relación es equivalente a la disimulación estratégica de MAQUIAVELO, una disimulación que se orientaría al gobierno tranquilo, hacia la conservación del poder.

<sup>1474</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 98.

<sup>1475</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 107.

<sup>1476</sup> *Ibíd.*, p. 84. Y es así como se señala: “Más que debilidad o crueldad, de lo que se trata en la crítica del reformador es de una mala economía del poder” (FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 83)

<sup>1477</sup> FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, p. 22.

<sup>1478</sup> *Ibíd.*, p. 108.

### III. TIPOS DE RELACIONES POLÍTICO-PENALES Y SU RELEVANCIA EN LOS DESEQUILIBRIOS INFLACIONARIOS

#### 1. RELACIÓN “EL AUTORITARISMO POLÍTICO PRODUCE AUTORITARISMO PUNITIVO”

Sin pretender agotar el tema, y considerando al autoritarismo político como indiferente en cuanto posición o color político<sup>1479</sup>, es posible inferir algunas características generales de los estudios y reflexiones realizados por la investigación social sobre el tema, tanto en el ámbito de la psicología como de la politología.

Para precisarlo, primero se ha tratado de definir la autoridad, entendiendo que ella es una relación interpersonal<sup>1480</sup> y una limitación de la libertad<sup>1481</sup>. “La autoridad –señala SARTORI- no manda: influye; y no pertenece a la esfera de la legalidad, sino, al de la legitimidad”<sup>1482</sup>.

Existen, según FROMM, dos clases de autoridad; a) la “autoridad racional”, cuya condición necesaria es ayudar al sometido a la autoridad, y donde la distancia entre quien detenta la autoridad y el sometido a ella, tiende a disolverse, por tener por fin que el sometido se acerque a la fuente que posiciona a un sujeto en autoridad de otro. Ejemplo de ello son las relaciones maestro-discípulo, donde el conocimiento entregado acerca al segundo respecto del primero, y mientras más conocimiento se da por el maestro, más se acorta la distancia en la autoridad; b) la “autoridad inhibitoria”, cuya condición necesaria es la explotación del sometido, y donde las distancias entre uno y otro se acrecientan con el tiempo. Ejemplo de ello son las relaciones de amo-esclavo<sup>1483</sup>. SARTORI habría de distinguir entre “autoridad autoritaria” y “autoridad autorizada”, que no dista mucho de la clasificación anterior de FROMM y en términos similares.

Tanto para el denominado “grupo Berkeley”<sup>1484</sup> como para ALTEMEYER<sup>1485</sup> tres son las características psicológicas centrales, ya ahora, en el autoritarismo, y que podemos complementar con las apreciaciones más politológicas de ARENDT y FROMM. Si bien la tercera ellas es el convencionalismo, hemos querido ampliar a idea a algo más general, como el dogmatismo, en orden a los estudios de ROKEACH<sup>1486</sup>: a) la *sumisión*: aceptación de las instrucciones de quien se entiende como legítima autoridad y cumplimiento de las directrices sin necesidad de ser inducido a ello<sup>1487</sup>, aceptar la autoridad sin que se ejerza respecto de ella vigilancia alguna<sup>1488</sup>, creencia en la organización política de fuertes

<sup>1479</sup> Se tiene en cuenta las críticas hechas a los estudios que tenderían a excluir el autoritarismo de izquierda. Cfr. ETCHEZHAR, EDGARDO; CERVONE, NÉLIDA, “El estudio del autoritarismo en el continuo ideológico-político”, *Anuario de investigaciones*, Facultad de Psicología – UBA, Volumen XVIII, pp. 243-248.

<sup>1480</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, [trad. GINO GERMANI], Paidós, Buenos Aires, 1959, p. 197.

<sup>1481</sup> ARENDT, HANNA, *Los orígenes del totalitarismo*, [trad. GUILLERMO SOLANA], Taurus, Madrid, 1998, p. 397; FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 69; SARTORI, GIOVANNI, *¿Qué es la democracia?*, [trad. MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ], Tribunal Federal Electoral, México D.F., 1993, p. 120.

<sup>1482</sup> *Ídem*.

<sup>1483</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, pp. 197-198.

<sup>1484</sup> ETCHEZHAR, EDGARDO; CERVONE, NÉLIDA, “El estudio del autoritarismo en el continuo ideológico-político”, p. 244, y para los estudios realizados por ADORNO; FRENKEL; LEVINSON; y SANFORD, que citamos acá.

<sup>1485</sup> Cit. por *Ibíd.*, pp. 245 y ss.

<sup>1486</sup> Cit. por *Ibíd.*, p. 244.

<sup>1487</sup> *Ibíd.*, p. 245.

<sup>1488</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 28

estructuras jerárquicas<sup>1489</sup>; b) la *agresión autoritaria*: Fuerte presencia del *tanatos* en cuanto instintos destructivos<sup>1490</sup>, intención de causar daño a un grupo en el entendido que las autoridades a las cuales legitiman están o estarían de acuerdo en ello<sup>1491</sup>. Esto provendría de un tratamiento dicotómico de las relaciones sociales entre endogrupos y exogrupos y en la hostilidad y prejuicio frente a la exogrupo<sup>1492</sup>; c) dogmatismo: pensamiento convencionalista o conservador esto es aceptación y compromiso con las normas tradicionales de la sociedad, rigidez, negación represiva<sup>1493</sup>, falta de aceptación del “pecador arrepentido” como hombre nuevo<sup>1494</sup>.

La sumisión y la agresión autoritaria se encontrarían, a su vez, relacionados de modo dicotómico en los sentimientos y actitudes: existiría por un lado amor a la autoridad (sentimiento) y sumisión a los considerados poderes superiores (actitudes); y por otro, odio a quienes no lo ejercen<sup>1495</sup> (sentimiento) y dominación sobre los considerados inferiores<sup>1496</sup> (actitudes).

Desde el ámbito estrictamente político, el autoritarismo se representa como un sistema jerárquico donde “la autoridad (...) se filtra desde arriba a través de capas sucesivas hasta llegar a la base del cuerpo político”<sup>1497</sup>, en que existe una función dominante de la autoridad en la estructura política y social<sup>1498</sup>, y donde hay una exclusión del pluralismo político<sup>1499</sup>. Al exponerlo se utiliza comparativamente el extremo, que es el totalitarismo, de tal modo que si la autoridad implica limitación de la libertad, en el totalitarismo existe una abolición de ella<sup>1500</sup>; si en el autoritarismo existe sumisión, en el totalitarismo existiría sumisión absoluta en tanto apoderamiento de modo íntegro de la vida social y personal del ser humano<sup>1501</sup>.

Conforme a lo expuesto y ante los estudios ya abordados sobre el concepto de política, hemos de entender, en primer lugar, que la autoridad es una relación social, y que expresada a nivel político, básicamente es una red de relaciones sociales consistente en el ejercicio de una “autoridad racional” (según el concepto de FROMM) del poder político. El autoritarismo político, por el contrario, consiste en una red de relaciones sociales consistente en el ejercicio de una “autoridad inhibitoria”.

Por ello, tanto la autoridad como el autoritarismo van a compartir el ser una *relación de poder político asimétrica*. Pero la diferencia estará en que el autoritarismo como relación social de poder será:

<sup>1489</sup> ADORNO, THEODOR; FRENKEL BRUNSWIK, ELSE; LEVINSON, DANIEL; SANFORD, NEVITT, “La personalidad autoritaria”, *Empiria*, Revista de Metodología de Ciencias Sociales, N° 12, julio-diciembre, 2006, pp. 155-200, p. 195; ARENDT, HANNA, *Los orígenes del totalitarismo*, p. 101, p. 297.

<sup>1490</sup> ADORNO, THEODOR, et al, “La personalidad autoritaria”, p. 200.

<sup>1491</sup> ETCHEZAHAR, EDGARDO; CERVONE, NÉLIDA, “El estudio del autoritarismo en el continuo ideológico-político”, p. 245.

<sup>1492</sup> ADORNO, THEODOR, et al, “La personalidad autoritaria”, p. 195.

<sup>1493</sup> ADORNO, THEODOR, et al, “La personalidad autoritaria”, p. 195.

<sup>1494</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 205.

<sup>1495</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 112.

<sup>1496</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, nota al pie 34, p. 105.

<sup>1497</sup> ARENDT, HANNA, *Los orígenes del totalitarismo*, p. 396.

<sup>1498</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 197.

<sup>1499</sup> CIARAMITARO, FERNANDO, “El autoritarismo-absolutismo en el Antiguo Régimen Origen aragonés del virreinato y poderes del virrey en Nueva España”, *Contribuciones desde Coatepec*, N° 15, julio-diciembre, 2008, pp. 65-81, pp. 66-67.

<sup>1500</sup> ARENDT, HANNA, *Los orígenes del totalitarismo*, 1998, p. 397; FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 69.

<sup>1501</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 28



- *Centrífuga*: su objetivo o efecto es el alejamiento o distancia del sometido a la autoridad respecto de quien la ejerce dentro de esa relación política. Mientras mayor es la distancia, mayor el autoritarismo. La centrifugalidad como construcción podría asegurar, en niveles, el desconocimiento de un “otro” (y sus opiniones) posibilitando la creación de la dicotomía endosocialización/ exoantisocialización, con una subsecuente falta de empatía hasta la negación del otro, fetichización del ser humano, deja de ser fin y se transforma en medio (en la máxima kantiana), se llega hasta el albergue del *tanatos*.
- *Cenital*: se ejerce en una jerarquía estructurada y estratificada y de forma vertical. Mientras mayor sea la verticalidad, mayor la estratificación de la jerarquía y, por consecuencia, mayor el autoritarismo<sup>1502</sup>. El efecto obvio de ella, es la concentración. Es así como la cenitalidad por sí sola se construye para provocar la sumisión.
- *Antirracional*: implica ausencia de fundamentos racionales para la mantención de la relación de poder. Mientras mayor antirracionalidad de fundamentos (menos fundamentos y/o menos racionales), mayor será el autoritarismo. Permite el *tanatos* y el dogmatismo.
- *Bioconstrictora*: basado en los estudios de biopolítica y la literatura orweliana<sup>1503</sup>, consiste en que el autoritarismo constriñe o reduce el círculo de libertad del ser humano. Mientras su acción más constriña el cuerpo y el “alma”, esto es la sede de los pensamientos, de la *cogitaciones*, más será el autoritarismo ejercido. Dicho de otro modo, mientras más se reduce su círculo de libertad –su ya estrecho círculo de la libertad (como en aquél “estrecho círculo de la soledad” de MARTÍNEZ<sup>1504</sup>)-, más autoritarismo se ejercería.

Es así como el autoritarismo político, dado a que se presenta en grados<sup>1505</sup>, es posible expresarlo igualmente en grados: el totalitarismo y absolutismo, donde representan el grado más extremo de autoritarismo, se dan relaciones sociales de poder político asimétricas con la mayor centrifugalidad, la mayor cenitalidad, el máximo antirracionalismo, y la máxima bioconstricción.

Ahora bien, no consideramos una característica que generalmente se expresa, que es el de la limitación de la autoridad o del poder. Si la autoridad se funda en las características contrarias mencionadas, esto es, centripetidad, nadiralidad, racionalidad, ni necesita ni tiene porque operar la limitación, que siempre es algo externo a la autoridad misma. Lo que ocurre, según nuestro juicio, es que se solicita la limitación por no estar presentes en la autoridad estas características. Ya la existencia de racionalidad por sí misma, excluye la necesidad de limitación. Solicitarla es denotar su falta de posibilidad, y es porque lejos de actuar el ser humano racionalmente, se conduce antinacionalmente y opera según la forma en que la sociedad igualmente se ha construido.

<sup>1502</sup> Menciones sobre lo “cenital” en su relación al autoritarismo en CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, “La idea de pacto social en Chile. hacia los albores de un pacto y de una nueva constitución” (2011), *C/ISMA*, Nº 1, pp. 1-45, <http://www.ctit.cisma.cl/numerouno.html/Carrasco-Pacto.pdf>. [fecha de visita: 20/09/2014], pp. 12, 20, 23.

<sup>1503</sup> Sobre este último vid. la novela de GEORGE ORWELL 1984.

<sup>1504</sup> MARTÍNEZ, JUAN LUIS (~~JUAN DE DIOS MARTÍNEZ~~), *La Nueva Novela*, Ediciones Universitaria de Valparaíso, Valparaíso, 1971.

<sup>1505</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 200.

Tampoco consideramos la concentración como característica del autoritarismo. Ello en base a los estudios de FOUCAULT, quien expresa la distribución del poder en el cuerpo social como una no pérdida de poder (reticulación, circulación), con lo que el autoritarismo puede expresarse en forma desconcentrada, siempre que existan “dispositivos” en el cuerpo social (cárceles, psiquiátricos, la arquitectura panóptica) que producen condiciones autoritarias (disciplina, vigilancia, control), lo que podría ocurrir con ciertas “democracias” modernas en que los elementos autoritarios se encuentran distribuidos en la sociedad política. Como encuéntrense elementos autoritarios gravitando en la sociedad política, las decisiones adoptadas por la lógica policial de tipo autoritarias muchas veces podrían contar con respaldo en base a que dichos elementos condicionan las elecciones populares por la vía del autoritarismo con antelación. De ahí la característica de *bioconstricción*, porque el autoritarismo no se aprecia desde quién ejerce la autoridad, sino respecto de a quién se ejerce.

Finalmente y conforme a lo estudiado aquí, el autoritarismo político para nosotros vendría siendo *una red de relaciones sociales de poder político donde la autoridad es expresada de modo centrífugo, cenital, antiracional y bioconstrictivamente*.

Ahora bien y derechamente en la relación en específico, ésta es la relación que sería propia de los que ejercen, en palabras de DUSSEL, el *poder-violencia*, y es característica de los gobiernos autoritarios<sup>1506</sup>, siendo los modelos políticos más puros en la definición de sus particularidades autoritarias, tales como el de las dictaduras, pero igualmente se produce en modelos más *impuros*, en un contexto político definido como democrático.

En el primero, la lectura del modelo tiende a ser un tanto más lineal en la construcción del poder autoritario, ya que en ellos, el *demos* se encuentra reducido, o bien, el *demos* pretende ser reducido. En cambio en el segundo, pueden coexistir elementos no autoritarios de participación con elementos políticos autoritarios.

Así y acudiendo a la relación en sí, el autoritarismo político condiciona la penalidad, en el sentido de endurecerla. “La historia nos enseña –señala HORMAZÁBAL- que precisamente bajo los gobiernos autoritarios se han promulgado los códigos penales más rigurosos”<sup>1507</sup>.

Serán expuestos tres casos sobre esta clase de relación, observados en la historia política chilena, como lo son, el período entre 1947 a 1951 (gobierno González Videla), el período de gobierno militar entre 1973 a 1974 (dictadura militar) y el período entre (marzo) 2010-2014 (gobierno de Sebastián Piñera).

#### **a. Los efluvios autoritarios en el período 1947 a 1951 en Chile bajo el gobierno de González Videla: “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” y la “Ley de Estados Antisociales”.**

En Chile y a partir de 1947 bajo el gobierno del Presidente del partido Radical Gabriel González Videla, comienza el ejercicio político a endurecerse, pasando de un “veranito de San Juan” (no de una “primavera” como le llaman hoy) en que existe una inclinación hacia un pluralismo político, para oscilar pendularmente hacia una actitud política de carácter reaccionario, represivo y más orientado hacia la facción de derecha de la política partidista<sup>1508</sup>. González Videla había llegado al gobierno con el apoyo de los

<sup>1506</sup> DUSSEL, ENRIQUE, *Política de la liberación*, Vol. II, p. 147.

<sup>1507</sup> HORMAZÁBAL, HERNÁN, “Política penal en el Estado democrático”, p. 333.

<sup>1508</sup> MOULIAN, TOMÁS, *Fracturas*. De Pedro Aguirre Cerda a Salvador Allende (1938-1973), LOM, Santiago de Chile, 2006, p. 143; HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena*. Gabriel González Videla y la Ley Maldita, Debate, Santiago de Chile, 2009, pp. 22-23.

partidos de izquierda incluyendo el partido comunista (donde su jefe de campaña fue Pablo Neruda), quienes luego estuvieron a cargo de tres ministerios. En 1947 González Videla rompe con los comunistas y envía un proyecto de ley que tenía por objeto modificar la entonces Ley de Seguridad Interior del Estado N° 6.026 de 1937, promulgada bajo el segundo gobierno de Arturo Alessandri, por el cual se introducía un nuevo art. 3° a dicha ley por la cual ya no se prohibía solo “la existencia u organización en Chile de todo movimiento, facción o partido militarizado o uniformado que persiga la implantación en la República de un régimen opuesto a la democracia”, sino que además se prohibía “la existencia, organización, acción y propaganda de palabra, por escrito, o por cualquier otro medio, del Partido Comunista”. Dichas modificaciones fueron aprobadas por el Congreso siendo expedida y promulgada el 3 de septiembre de 1948 como Ley y bajo el N° 8.987. Ésta Ley sería llamada por el gobierno (y como así se rotuló en el Proyecto de Ley) como “Ley de Defensa Permanente de la Democracia”, motejada por sus detractores como “Ley maldita”.

Este viraje hacia la derecha, es calificado de “política anticomunista”<sup>1509</sup> y de “Estado policial”<sup>1510</sup>, y que en el modo en que se expresó tanto en este gobierno como en el del siguiente del presidente Carlos Ibáñez del Campo, es llamado por algunos como “modalidad de dominación represiva”, obviamente de represión política<sup>1511</sup>, lo que para algunos produjo un “debilitamiento a la democracia” o “severo daño a las instituciones democráticas”<sup>1512</sup>. Las causas que habrían motivado este viraje habrían sido las presiones del Partido Liberal, la intervención de los EUA cada vez más intensa dentro del contexto de la “guerra fría”, y la visión de los comunistas (y de la izquierda) como una facción peligrosa políticamente por ser considerado instrumento del imperialismo soviético, y contrarios a los valores cristianos y morales occidentales<sup>1513</sup>, y peligrosos para la estabilidad y la continuidad de la democracia<sup>1514</sup>. Pero “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” no fue –como piensan algunos<sup>1515</sup>– causante de este viraje, sino que más bien es resultado de todo un contexto político en fragua y que responde a una ideología y una práctica políticamente autoritaria.

A finales de 1930 y hasta mediados del '50, se va produciendo un fenómeno de crecimiento en la economía chilena<sup>1516</sup>, pero manteniéndose relativamente estable un campesinado con malas condiciones socioeconómicas, pobreza, atraso cultural y privado de organizarse sindicalmente<sup>1517</sup>. Entre los que tenían ese derecho, estaban los trabajadores de las minas de carbón y de la locomoción colectiva, que realizaron las huelgas más importantes entre una serie que realizaron otros grupos de trabajadores bajo el gobierno de González Videla en los primeros años de su gobierno<sup>1518</sup> y antes de la “Ley de Defensa Permanente de la Democracia”. Para algunos, esta huelga del carbón fue la causa para la persecución masiva<sup>1519</sup>, pero la cual tenía raigambre en las pésimas condiciones socioeconómicas en que vivían los trabajadores, de hacinamiento, de magras

<sup>1509</sup> HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, p. 29.

<sup>1510</sup> NERUDA, PABLO, *Para nacer he nacido*, Seix-Barral, Barcelona, 1978, p. 156.

<sup>1511</sup> MOULIAN, TOMÁS, *Fracturas. De Pedro Aguirre Cerda a Salvador Allende (1938-1973)*, p. 143, p.146.

<sup>1512</sup> HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, p. 22.

<sup>1513</sup> MOULIAN, TOMÁS, *Fracturas. De Pedro Aguirre Cerda a Salvador Allende (1938-1973)*, p. 144, p.147.

<sup>1514</sup> HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, p. 38.

<sup>1515</sup> HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, p. 56.

<sup>1516</sup> PINTO, JULIO, *Historia Contemporánea de Chile III. La economía: Mercados, empresarios y trabajadores*, LOM, Santiago de Chile, 2002, pp. 36-37.

<sup>1517</sup> HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, p. 35.

<sup>1518</sup> MOULIAN, TOMÁS, *Fracturas. De Pedro Aguirre Cerda a Salvador Allende (1938-1973)*, p. 144.

<sup>1519</sup> “El señor González Videla encontró en esta huelga el pretexto a su traición definitiva, para iniciar una provocación internacional en gran escala y desencadenar una persecución antiobrera como jamás antes se había visto en mi patria” (NERUDA, PABLO, *Para nacer he nacido*, p. 150).

condiciones y miseria como resumen de vida, lo cual llevaba al alcoholismo (evasión, frío) y promiscuidad<sup>1520</sup>.

Aún previo a la ley mencionada, se enviaron por el presidente antedicho al Congreso, otros proyectos de ley que terminarían en Leyes destinados a darle facultades extraordinarias que limitarían las libertades civiles, tales como la Ley N ° 8.837 del 22 de Agosto de 1947, la cual, en su art. 1° faculta al Presidente de la República para declarar zona de emergencia “en los casos de peligro de ataque exterior o de conmoción interior o actos de sabotaje contra la producción nacional”, y para declarar el Estado de Sitio (art. 2). Esta no es solo una ley sin aplicación, ya que efectivamente le dio la autoridad al presidente para dictar decretos ordenando la relegación de personas no solo comunistas, sino socialistas, falangistas<sup>1521</sup> y hasta radicales<sup>1522</sup>.

La Ley N ° 8.837 del 16 de enero de 1948, renueva las facultades extraordinarias anteriores, por la cual se daban las siguientes atribuciones: “1. La de someter a las personas a la vigilancia de la autoridad, 2. La de trasladarlas de un punto a otro del territorio de la República, 3. La de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes, 4. La de suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión, 5. La de restringir la libertad de imprenta, para este efecto, podrá establecer la censura previa y prohibir la circulación de todo impreso, gráfico o texto que tienda a alterar el orden público o a subvertir el régimen constitucional, 6. La de hacer practicar investigaciones con allanamiento, si fuere necesario, para cumplir las órdenes que se den, de acuerdo con las facultades anteriores” (Art. 2). Tales medidas se habrían justificado “apoyándose en los factores externos, constituidos por el conflicto en los países de Europa del Este, en que destacaba la toma del poder en Checoslovaquia por los comunistas. Entregó argumentos para demostrar la existencia de una conjura internacional en contra de Chile y de la dependencia que el PC tenía respecto de la Unión Soviética”<sup>1523</sup>.

Ya en 1947 se habían producido detenciones de trabajadores de la salitrera *Humberstone* cerca de la ciudad de Iquique por medio de listas confeccionadas por Policía de Investigaciones de la época sobre los sindicatos como comunistas, trasladados a la localidad de Pisagua como lugar de detención y relegación. Lo mismo en la ciudad de Lota con los trabajadores de las minas de carbón declarados comunistas. De ambos lugares de detención “anticomunista”, estuvo a cargo el entonces capitán Augusto Pinochet, como Jefe de la Zona de Estado de Emergencia en el último de ellos<sup>1524</sup>.

En este contexto se dicta la “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” en 1948. Ya se hizo mención del, por la cual se proscribía al Partido Comunista. Para que ello fuera jurídico-penalmente efectivo, era por medio de la declaración de aquél como asociación ilícita (art. 3, inciso 3°), y determinando las diversas conductas o actividades que constituían hechos típicos, agregados a las que ya consignaba la Ley de Seguridad Interior del Estado. Por lo demás, la penalidad se ve aumentada de forma importante, ya que si el art. 1° de la Ley de Seguridad Interior del Estado disponía que el marco de la pena de reclusión, relegación o destierro (a la cual agrega la nueva ley el presidio) iba del “menor” en su grado medio a máximo, la “Ley de Defensa Permanente de la Democracia” eleva la pena fijándola como “menor en su grado máximo”, considerando además a la multa como pena copulativa.

Por otro lado, con fecha 17 de mayo 1951, y por Decreto N ° 2.862 del Ministerio de Justicia del gobierno de González Videla, se designa una comisión por éste,

<sup>1520</sup> HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, pp. 120-121.

<sup>1521</sup> La raíz política en Chile de la democracia cristiana.

<sup>1522</sup> *Ibíd.*, p. 171.

<sup>1523</sup> *Ibíd.*, p. 177.

<sup>1524</sup> *Ibíd.*, pp. 27-28.

compuesta por seis miembros entre los que se encontraban un Ministro y un Fiscal de la Corte Suprema (Luis Agüero y Urbano Marín respectivamente), el Juez del Quinto Juzgado del Crimen de Santiago (Eduardo González), el Juez del Juzgado de Letras de Menor Cuantía en lo Criminal de Santiago (Eduardo Ramírez), Luis Cousiño, en ese entonces presidente del Instituto de Ciencias Penales y el Prefecto Jefe de Investigaciones Oscar Peluchonneau, “con el fin que procedieran al estudio de un proyecto de ley sobre represión o prevención de los delitos de asalto y robo, en atención al incremento que han tenido en el último tiempo”<sup>1525</sup>. Éste es el precedente de lo que se conoce como *Ley de Estados Antisociales* (Ley N° 11.625), la cual fue promulgada el 4 de octubre de 1954, bajo el segundo gobierno de Carlos Ibáñez del Campo.

En los debates legislativos se reconocía que el proyecto de Ley de Estados Antisociales tenía una inspiración marcada en el positivismo, no obstante ser el Código Penal de 1874 de inspiración clásica basado en el libre albedrío, imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad<sup>1526</sup>. Sin embargo se aducía lo siguiente:

“La aceptación de los modernos conceptos del estado peligroso, sentencia indeterminada, medidas de seguridad, etc., no ha sido unánime y por eso se ha formado la tendencia Dualista o Ecléctica que persigue que en un solo cuerpo de leyes se contemplen dos códigos: uno preventivo, representado por las medidas de seguridad, y otro represivo, representado por la pena, tendencia que coincide con el proyecto en informe puesto que agrega a nuestras leyes punitivas estos estados antisociales que constituyen, como ya se ha dicho, un código preventivo”<sup>1527</sup>.

Según el Mensaje presidencial del Proyecto, una de las motivaciones para el establecimiento de una ley de estas características se representaba de este modo: “Si se considera el estado de alarma pública en que vive la población por el recrudecimiento agudo de los ataques a la propiedad, aun con desprecio de la vida y salud de los habitantes, parece evidente la imperiosa necesidad de dictar las normas legales para permitir un pronto remedio al mal”<sup>1528</sup>. Pero se agrega que se hace imposible afrontar el delito con penas represivas y ejemplificadoras, no obstante que “existe un elevado número de sujetos que viven permanentemente en estado predelictual, muchos de ellos vagos y mendigos, sin domicilio conocido, otros dedicados a explotar innobles oficios o profesiones, es decir individuos antisociales que hoy hieren normas elementales de convivencia y mañana esgrimen el arma homicida. Muchos de ellos son ya delincuentes habituales, pero han escapado o escapan a la sanción por falta de pruebas convincentes”<sup>1529</sup>. Agrega que si bien el proyecto “no considera a los antisociales como delincuentes, ya que no se trata de personas que hayan atentado en contra de los bienes jurídicos protegidos por las leyes, pero, en cambio, los somete a medidas de seguridad, destinadas a obtener su reeducación y readaptación al medio social”<sup>1530</sup>.

Reconociendo que el proyecto de Ley se basa en la “teoría de la defensa social”, se explica a nivel general cuál sería la expresión de la misma teoría en los debates parlamentarios: “Degenerados, insuficientes, incompletos, anormales profundos, patentizan que son peligrosos cuando se han convertido en criminales (...) El Estado no

<sup>1525</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Mensaje del Presidente, p. 2857.

<sup>1526</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto sobre represión de estados antisociales y modificación del código penal en los relativo a los delitos de asalto, p. 104.

<sup>1527</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 1737.

<sup>1528</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Mensaje del Presidente, p. 2857, p. 2858.

<sup>1529</sup> Ídem.

<sup>1530</sup> Ídem.

puede pasar indiferente junto a ellos y dejar obrar a la iniciativa privada. Entonces la defensa social se manifiesta en su forma más clara y más fecunda. Ya no es la represión es la protección y la asistencia”<sup>1531</sup>.

En el Mensaje del Proyecto se fundamenta el tratamiento de la ley, en el entendido que si bien se produjo la eliminación de la vagancia del Código Penal chileno no solo por que técnicamente no constituía un delito sino además por que la represión a través de la pena no produjo los resultados esperados, existe por una parte, una gran cantidad de vagos “todos ellos en la pendiente que lleva inexorablemente al delito”, y se hacen inexistentes, por otra, medidas “para hacer cesar tal estado de cosas” ya que están “al márgen [sic] de los preceptos del Código Penal por no darse respecto de ellos los requisitos que configuran el delito”<sup>1532</sup>.

Por “antisocial” se entendía, en primer lugar, al “vago” (estados de mendicidad, sin oficio o profesión y sin lugar para habitar), y dentro de él se entendía integrando esa categoría a quien vivía como “allegado”.

En segundo lugar, y dentro del concepto de antisocial, se entiende al proxeneta o “lenón”, al tratante de blancas, y al “ebrio consuetudinario” que vendría siendo “el que con frecuencia usa de bebidas fermentadas o espirituosas hasta llegar a la ebriedad total, es un sujeto eminentemente peligroso que requiere de la oportuna preocupación del Estado, para evitar que su vicio llegue a estallar en un acto delictuoso”<sup>1533</sup> puesto que según las estadísticas de la época, que en todo caso ni se exponen, ni se nombran ni se menciona fuente alguna “la mayor parte de los delitos contra las personas son, precisamente, cometidos contra sujetos en estado de ebriedad”<sup>1534</sup>.

Caben, en tercer lugar, dentro del “antisocial” (considerados éstos como “laca social”) al toxicómano habitual, “por ser sujetos eminentemente peligrosos”, a los traficantes de drogas, y además los que “inducen, favorecen, facilitan o explotan la práctica homosexual”, considerados dentro del concepto no solo por su “evidente peligrosidad y el estado predelictual constante en que se encuentran”, sino además por que pro dicho estado “incurren en graves delitos, [y] han sido por desgracia, frecuentes en nuestro país, en los últimos tiempos”<sup>1535</sup>.

Se incluyen para finalizar, a quienes ocultan su personalidad o la disimulan, a los comerciantes de especiales de dudosa procedencia, y a los “reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos, en los cuales sea presumible habitualidad”<sup>1536</sup>.

Se tiene por objeto que las medidas estén destinadas a “enseñarles un oficio a los sujetos antisociales, que por falta de la más elemental educación, han caído en un estado antisocial”<sup>1537</sup>, lo que conduciría a su “internamiento en colonias agrícolas o casas de trabajo, por un *tiempo indeterminado*, pero que no puede sobrepasar de cinco años. *Esta limitación es absolutamente imprescindible en un derecho liberal, al igual que en las demás medidas de seguridad*”<sup>1538</sup> [resaltado es nuestro]. La idea era que esto estuviera a cargo de delegados y asistentes sociales y que se encontraran ajenas las “fuerzas policiales”. El trabajo obligatorio habría de ocuparse en Obras Públicas, pero en el entendido de ser remunerados dichos trabajos, destinados dichos dineros a un fondo de reserva a ser entregados al sujeto al final del cumplimiento de la medida. Se alude, al

<sup>1531</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, p. 1737.

<sup>1532</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Mensaje del Presidente, p. 2858.

<sup>1533</sup> *Idem*.

<sup>1534</sup> *Ibid.*, p. 2859.

<sup>1535</sup> *Idem*.

<sup>1536</sup> *Idem*.

<sup>1537</sup> *Idem*.

<sup>1538</sup> *Idem*.

estado de hacinamiento, ambiente anti-resocializador e insalubridad de los recintos penitenciarios. No se dice expresamente que esto sea una motivación de la ley al proponer estos centros de trabajo, pero que sin duda se hace mención de ello por entenderse como una nueva iniciativa que llevaría más tarde a operar de ese modo.

La Ley además dispone de un articulado que tiene por objeto reformar los delitos contra la propiedad, básicamente introduciendo una serie de modificaciones al Código Penal, que de algún modo u otro lo endurecen.

Entre las reformas que no rigorizan la penalidad en el Código Penal chileno, está la de facultar al juez para el pago de la multa en parcialidades al condenado, aunque con una suerte de cláusula de aceleración<sup>1539</sup>. De aquellas que rigorizan son algo más. La primera, amplía los delitos que son “resultados” de la comisión de un robo del antiguo 433 del Código Penal, que se reducía al homicidio y la mutilación de miembro importante, por todos aquellos que hoy se consignan en el precitado artículo<sup>1540</sup>. Otras reformas son la tipificación del robo en bienes nacionales de uso público, la equiparación de pena de la tentativa en los delitos de robo y hurto con la consumación, y agravaciones generales a los delitos de robo y hurto.

La opinión sobre el agravamiento de la penalidad en Chile por la dictación de la Ley de Estados Antisociales, no es algo que solo se diga aquí, ya que la doctrina penal lo ha referido en múltiples ocasiones<sup>1541</sup>. No es difícil tampoco llegar a percatarse de ello, en razón del sentido de la mayoría de las modificaciones legales propuestas.

Si bien la *Ley de Estados Antisociales* no se llegó a aplicar, la legislación modificatoria sí. En lo que concierne a la regulación de los estados antisociales propiamente tal, aunque pueda ser una suerte de “moda” su visión positivista y que su no aplicación de cuenta de un declive de dicha idea<sup>1542</sup>, lo importante es el discurso sostenido y como se convierte igual en ley no obstante su no aplicación, que dicho sea de paso, ella no se produce más bien por aspectos de implementación. Si bien en esta parte no se produce una inflación penal, lo cierto es que sí lo produce su complemento, esto es la modificación al Código penal, y como ésta es fuente de un discurso de tipo controlador de grupos y que mantiene la traza autoritaria de su ideología que insufla el corpus completo de la legislación en comento.

Para empezar, ya la sola idea de medidas predelictuales se encuentra asociada a mayor intervención del derecho penal en la vida civil, sobre todo cuando ellas se asocian a “estados predelictuales” como señala el Mensaje del Proyecto, estados predelictuales que se equiparan a la consideración de un estado peligroso o peligrosidad de ciertos sujetos, aplicando así un modelo cercano al derecho de autor. La consideración de un derecho de autor, es diversa en sus fundamentos en uno y otros casos, aunque con una razón común, esto es, el de encontrarse en estados rayanos a la delincuencia, el de encontrarse en una situación criminalmente riesgosa para la vida civil de la sociedad. Es

---

<sup>1539</sup> “El no pago de una sola de las parcialidades, hará exigible el total de la multa adeudada” (Art. 70, última parte).

<sup>1540</sup> “resultare homicidio, violación o algunas de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1” (art. 433).

<sup>1541</sup> NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno*, Parte General, Tomo I, p. 107; MERA FIGUEROA, JORGE, “¿Tuvo Chile una política criminal durante el siglo XX?”, *Revista Derecho Mayor*, Universidad Mayor, Año II, N° 2, Noviembre, 2003, pp. 139-162, p. 140; OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO, *Delitos contra la propiedad*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2013, p. 24.

<sup>1542</sup> Vid. MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, “El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo xx que se mantiene vigente”, *Revista de Derecho*, Universidad de Valdivia, Vol. XX - N° 1 - Julio 2007, pp. 175-203.

por ello que es considerada ésta una legislación de control de los sujetos, y de control biopolítico<sup>1543</sup>, y más que a sujetos, a grupos<sup>1544</sup>.

Es así como el art. 1º, N º 1 y N º 2 de la ley en comento, habría de perseguir penalmente a los considerados “vagos”, esto es, a

“Los que no teniendo hogar fijo o viviendo en el de otra persona por mera tolerancia o complacencia, carezcan de medios lícitos de subsistencia y sin estar impedidos para el trabajo, no ejerzan habitualmente profesión u oficio”; y “Los que sin la competente licencia, pidan habitualmente limosna en lugares públicos o de acceso al público; los que con motivo falso obtengan licencia para pedir limosna o continúen pidiéndola después de haber cesado la causa por la que la obtuvieron; y los que exploten la mendicidad ajena, especialmente, si emplean con tal fin a menores de edad, enfermos mentales, lisiados o defectuosos”.

En la Historia de la Ley, puede hacerse la relación entre la política social y la actitud del Estado, quien pretende a través de la penalidad solucionar un problema que más bien pertenece al primer concepto, con lo que como se visualiza, no es novedad el traspaso de los problemas económico-sociales al derecho penal planteados por los discursos actuales.

Por otro lado el discurso que se puede extraer de la ley, presenta paradojas algo irónicas: El Estado -en tanto autoridad edilicia o de ayuntamiento-, concede una licencia para la mendicidad, por ende, solo el mendigo legitimado por el Estado es quien puede limosnar. Con lo cual, en estricto rigor, no sería el vago-mendigo el perseguido, sino el mendigo sin licencia. Más que norma penal aparece ésta como una disposición de policía local o administrativa, y hace de la mendicidad una actividad legítima mientras el Estado la autorice. Se coarta así una expresión de la libertad, un derecho humano liberal de aquellos de la primera generación. La vida civil se ve afectada doblemente.

Problemas de políticas sociales y de salud pública eran derivadas a la política penal: “Los que hayan sido condenados por ebriedad más de tres veces en un año y los que sean calificados, previo examen médico, como ebrios consuetudinarios; Los toxicómanos” (Art. 1.3 y 1.4, Ley N º 11.625). Recuérdese lo que se dijo más atrás acerca de los motivos de las huelgas de los mineros del carbón, y el alcoholismo y la promiscuidad que iban asociados a los problemas socioeconómicos.

Se aplican medidas igualmente a quienes tengan una práctica homosexual: “Los que por cualquier medio induzcan, favorezcan, faciliten o exploten las prácticas homosexuales, sin perjuicio de la responsabilidad a que haya lugar, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 365, 366, 367 y 373 del Código Penal” (Art. 1.5). Si seguimos los debates de Ley, éstos debieran entonces considerarse como “degenerados” y “anormales profundos”. Si bien ya la práctica homosexual estaba castigada en tanto delito (sodomía), ahora se adelanta la barrera sancionatoria (ya que de los debates se entiende el concepto “sanción” en su sentido amplio, considerando como tal las medidas predelictuales<sup>1545</sup>) al inductor, favorecedor y facilitador de la práctica. De cualquier manera

<sup>1543</sup> Vid. BECERRA, MAURICIO, “De psicosis tóxica a predisposición mórbida: Emergencia de la figura del toxicómano en Chile: 1872–1954”, *Biopolítica*, [Disponible online: [http://www.biopolitica.cl/docs/publi\\_bio/Mauricio\\_Becerra\\_psicosis\\_toxica.pdf](http://www.biopolitica.cl/docs/publi_bio/Mauricio_Becerra_psicosis_toxica.pdf)], [fecha de visita: 17/05/2014].

<sup>1544</sup> CANDINA POLOMER, AZUN, “Seguridad Ciudadana y Sociedad en Chile Contemporáneo. Los delincuentes, las políticas y los sentidos de una sociedad”, *Revista de Estudios Históricos*, Volumen 2, Nº1 Agosto de 2005, [Disponible online: [http://www.estudioshistoricos.uchile.cl/CDA/est\\_hist\\_simple/0,1474,SCID%253D15047%2526ISID%253D540%2526PRT%253D15044,00.html](http://www.estudioshistoricos.uchile.cl/CDA/est_hist_simple/0,1474,SCID%253D15047%2526ISID%253D540%2526PRT%253D15044,00.html)], [fecha de vista: 17/05/2014].

<sup>1545</sup> Vid. Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia.



la ley no es reprochable, no al menos desde la ciencia penal, por referirse a la práctica homosexual, ya que ella ya estaba tipificada en el Código penal de la época, sino que es más bien el adelantamiento sancionatorio de dicha práctica, existiendo para dicho tiempo mayor intervención del derecho penal en la vida civil, dado a que no existe un incremento de la dañosidad social que le diere correlato (sin perjuicio que tampoco lo tenía al sancionar la sodomía).

Ahora, para el caso de las modificaciones introducidas al Código penal, éstas miran a aspectos de seguridad pública de la época, según el Mensaje. Si bien algunos atribuyen esta mayor severidad a la parte de la Ley N° 11.625 referida a los delitos contra la propiedad como reacciones “coyunturalistas al real o supuesto aumento de ciertas formas de delincuencia”<sup>1546</sup>, entendemos que existen razones un poco diferentes y algo más profundas que solo la coyuntura, como es el autoritarismo político.

Por ello se endurece el campo general de los delitos de robo y hurto. Elocuente es, por ejemplo, la modificación al inciso 1° del entonces art. 450, la cual llevó a la penalidad a extremos “como los de que una tentativa de hurto pudiera, en determinados casos (en los que concurriera, por ejemplo, dos o más agravantes), recibir una pena superior a la del homicidio”<sup>1547</sup>.

Como se sabe, el actual artículo 450 inciso 1° del Código Penal, fruto de la modificación de la Ley en comento, prescribe que “Los delitos a que se refiere el Párrafo 2 y el artículo 440 del Párrafo 3 de este Título [robo con violencia o intimidación en las personas; robo con fuerza en las cosas] se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”.

La idea original del Proyecto era considerar tanto el robo como el hurto (art. 51 del proyecto<sup>1548</sup>), por lo que proponía el artículo siguiente: “Los delitos de robo o hurto a que se refiere este título se castigarán como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”. Un fundamento para dicha modificación era que en los delitos de robo y hurto una de las características en Chile es el que sorprendidos intentan deshacerse de las especies. Que además por estimarse graves estos ilícitos (robo y hurto) “las razones más elementales de política criminal aconsejan que ellos se consideren como consumados aun cuando únicamente se hallen en el grado de tentativa, y por ende, también de frustración”, no obstante que “si bien la doctrina universal admite que los grados de tentativa o frustración merecen un tratamiento penal menos severo, por cuanto no se ha alcanzado la lesión del bien jurídico, no es menos cierto que la misma doctrina admite, que en ciertos casos, la lesión está constituida tan solo por el peligro en que se ha puesto el bien jurídico”<sup>1549</sup>. Y básicamente así quedó el art. 450, considerando el robo y el hurto, artículo que solo con la Ley N° 17.727 de 1972, lo redujo solo al delito de robo en sus dos variantes pluriofensivas (cosas/personas), quedando entonces como está hoy en el Código penal.

En este caso, si bien no se alteran las reglas sobre *iter criminis*, ya que lo que se equipara es la pena no el contenido de lo punible<sup>1550</sup>, burla lo sustantivo-penal con la forma legal convirtiendo a través de dicha equiparación de penalidad un delito de resultado en uno de riesgo, al hacer irrelevante la consumación para su punición. Si bien el contenido de lo punible no se toca ni se trastoca la naturaleza de delitos propiamente

<sup>1546</sup> MERA FIGUEROA, JORGE, “¿Tuvo Chile una política criminal durante el siglo XX?”, p. 140.

<sup>1547</sup> MEDINA JARA, RODRIGO, “[Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Stgo., 16 de julio 1999. Posible inconstitucionalidad del inciso 1° del art. 450 del Código Penal](#)”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 3, 2001, pp. 631-638, p. 637.

<sup>1548</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*, Mensaje del Presidente, p. 2867.

<sup>1549</sup> *Ibíd.*, p. 2861.

<sup>1550</sup> MEDINA JARA, RODRIGO, “[Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Stgo., 16 de julio 1999. Posible inconstitucionalidad del inciso 1° del art. 450 del Código Penal](#)”, p. 634.

de resultado como lo son el hurto y el robo, quedarían como delitos de resultado de forma ficta, ya que en su penalidad no habría distinción al penalizar el riesgo con menor penalidad que su lesión, lo que en el fondo es lo que verdaderamente tiene efectos en la vida civil.

## **b. El gobierno militar chileno entre 1973 y 1974**

Una vez que la Junta Militar asume las potestades de gobierno posterior al golpe militar del 11 de septiembre de 1973 en Chile, se asume un control total a nivel del Estado, concentrándose el poder ejecutivo y legislativo en una sola “institución”, como lo era la Junta Militar. El poder político, por ende, se realiza amplificado, si se tiene como línea basal la democracia como expresión política. Mientras el poder político de la dictadura se introyecta en la ciudadanía y absorbe todos los espacios con una “virtud” vejatoria y violadora, se acorralan todas las formas políticas ciudadanas las cuales poco a poco van claudicando ante tal arremetida. El crecer de los espacios tomados por la dictadura, producen una profunda disminución de todo poder popular, de todo poder del *demos*. De algún modo ese es el objetivo, nada velado, sino al contrario, hecho muy patente. Incluso, esto tiene correlato en la Constitución Política chilena de 1980 y la búsqueda consciente de ser ésta un “antemural” ante el poder de las mayorías, en una clara expresión normativa contramayoritaria<sup>1551</sup>.

En expresión de este poder político maximizado, a su vez se maximizan las posibilidades punitivas, introduciendo, solo entre 1973 y 1974, una gama de tipos penales en el sistema jurídico-penal chileno, todo bajo penas restrictivas y/o privativas de libertad<sup>1552</sup>.

“De más insistir –señala BUSTOS a propósito de estas normas incorporadas– sobre el carácter autoritario de los tipos, con abundancia de elementos subjetivos, en que claramente no se castigan conductas, sino la conciencia o el ánimo, la forma de expresarse en la vida social, lo que en su conjunto constituye un Derecho Penal de autor de claro corte nazista”<sup>1553</sup>.

---

<sup>1551</sup> Vid. CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, “La idea de pacto social en Chile. Hacia los albores de un pacto y de una nueva constitución”, *Revista Cisma*, N°1, 2 semestre, 2011, pp. 1-45, p. 22 y ss.

<sup>1552</sup> Es así como el DL N° 12, a 13 días del golpe militar (24/9/1973), se prohíbe la existencia de la CUT (Central Única de Trabajadores), bajo pena privativa de libertad “y toda organización y acción, propaganda de palabra o por escrito o por cualquier otro medio, que revelen, directa o indirectamente su funcionamiento” (art. 1°), bajo pena privativa de libertad (art. 2°). Con posterioridad se dictan una serie de cuerpos legales en la cual se adicionan una generalidad de tipos penales: DL 77, que declara ilícitos y disueltos los partidos políticos que señala, y castiga como delito la organización, promoción o inducción a su organización, y toda acción de propaganda de la doctrina marxista o “de otra sustancialmente concordante con sus principios y objetivos”; DL N° 82 (31/10/1973), castiga el descongelamiento de los fondos de la CUT; DL N° 145 (27/11/1973) se establece como delito la asociación a organizaciones que induzcan o promuevan por cualquier medio, la doctrina marxista; DL N° 81 (6/11/1973) castiga la no presentación al llamamiento que hiciere la autoridad y la entrada clandestina al país de expulsados y asilados; DL N° 559 (12/8/1974) castiga la piratería aérea; DL N° 280 del 24/1/1974, introduce diversos tipos en aras de la protección del sistema económico.

<sup>1553</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Obras completas*, Tomo II, p. 552.

### c. Tentativas de inflacionar el derecho penal: el gobierno del período 2010-2014 (marzo) en Chile del Presidente Sebastián Piñera

Enmarcado en este cuadro de ideas, es posible situar al gobierno del período 2010-2014 (marzo) en Chile del Presidente Sebastián Piñera, el cual posee una política inclinada visiblemente a la derecha partidaria y a la existencia de elementos autoritarios de mayor homogeneidad y condensación.

En efecto, y desde el punto de vista legal, en estos años de gobierno han existido ciertos elementos no autoritarios, tales como lo que es posible visualizar a través de la Ley 20.545 del 17 de octubre del 2011 que extiende los plazos del fuero maternal, lo que entiende liberalizar aspectos políticos. Pero por otro lado, han existido una serie de proyectos de ley, los que no hacen sino reforzar de modo importante la idea del control en razón del delito, en respuesta a la propia política-criminal del gobierno que es la de resolver problemas sociales por intermedio de una mayor presencia del derecho penal y un mayor control policial.

“...trancaremos la puerta giratoria –en Mensaje a la nación del entonces presidente Sebastián Piñera-, restringiendo las libertades provisionales de delincuentes reincidentes de delitos de alta connotación social. También reforzaremos el control de aquellos que se encuentren gozando de beneficios alternativos a la privación de libertad, mediante el uso de brazaletes electrónicos que permitirá a la autoridad saber en todo momento su ubicación, y las potenciales víctimas podrán ser alertadas de cualquier infracción (...) finalmente, hemos decidido incorporar a nuestra legislación un tipo penal de femicidio y fortalecer las medidas cautelares y precautorias a favor de la mujer que sufre violencia doméstica”<sup>1554</sup>, “¿Qué estamos haciendo? En primer lugar, aumento de penas por maltrato a carabineros, no solamente para proteger mejor a nuestros carabineros, sino que también para que ellos puedan cumplir con mayor eficacia su labor de proteger mejor a los chilenos y chilenas. La creación de un Registro de Condenados por Delitos Sexuales Graves contra Menores, para que se les haga cuesta arriba la reincidencia”<sup>1555</sup>.

Emblemático es el Proyecto de Ley del 27 de septiembre de 2011, más conocido como “Ley Antitomas” o “Ley Hinzpeter”, ésta última denominación, en relación al impulsor más directo de la misma, como lo era el Ministro del Interior de ese entonces, Rodrigo Hinzpeter.

Ésta surge como directa consecuencia del conflicto estudiantil o movimiento estudiantil<sup>1556</sup>, teniendo como efecto el bloqueo de marchas y tomas de establecimientos, no solo estudiantil, porque su alcance finalmente se extendía a cualquier tipo de marcha y toma, lo que fue considerado como criminalización del movimiento social en general<sup>1557</sup>. “El Mensaje del Proyecto No.196-359 –opina RUIZ-TAGLE- se funda en una idea

---

1554 Mensaje a la Nación, de S.E. el Presidente de la República, don Sebastián Piñera Echenique: “Del Chile del bicentenario al país de las oportunidades”, Valparaíso, 21 de mayo de 2010, [Disponible online: <http://www.gob.cl/discursos/2010/05/21/mensaje-presidencial-del-21-de-mayo.htm>], [fecha de visita: 1/02/2012].

1555 Discurso de S.E. el Presidente de la República Sebastián Piñera al realizar un balance de la gestión en el Gobierno Santiago, 27 de Diciembre de 2010) [<http://www.gob.cl/discursos/2010/12/28/balance-primer-ano-de-gobierno-cuentas-publicas-2010.htm>].

1556 INGA, PILAR, “El diálogo en el conflicto estudiantil chileno”, Número 10, Octubre-Noviembre, 2011, Revista Andina de Estudios Políticos, pp. 1-16. [Disponible online: <http://revistas.ojs.es/index.php/revistaestudiosandinos/article/viewArticle/468>], [fecha de visita: 18/05/2014], pp. 10-11.

1557 “Líderes mineros consideran que la “ley anti tomas” también afectará a los trabajadores”, El ciudadano, 6 de octubre del 2011, <http://www.elciudadano.cl/2011/10/06/41963/lideres-mineros-consideran-que-la-%E2%80%99Cley-anti-tomas%E2%80%99D-tambien-afectara-a-los-trabajadores/>, fecha de visita: 18/05/2014.

decimonónica de Estado Policial que es contraria a los principios de un Estado Social (...) Además valida un sistema de censura y control político y administrativo semejante al impuesto en la dictadura militar. Exime de la actuación de la policía del control del Ministerio Público y los jueces de garantía en la obtención de supuestas “pruebas”. Con ello contradice los principios más básicos de la reforma procesal penal. El proyecto busca criminalizar el ejercicio del derecho de reunión y desmovilizar la ciudadanía con el abuso de la ley penal. Es una propuesta rancia y autoritaria, que contradice la política democrática. Desconfía de la reunión, de la movilización pacífica y de la deliberación ciudadana. Es inaceptable como en Chile los espacios públicos son entregados en concesión a privados para fines de publicidad y comercio, al mismo tiempo que las plazas y calles se niegan para el uso ciudadano y para expresarse en democracia”<sup>1558</sup>.

En este punto y desde la visión de RANCIÈRE, se puede atisbar como mientras la *heterología política* se desarrollaba con acciones desde los espacios tomados, la *lógica policial* respondía con iniciativas que buscaban oponerse por medio de la ley penal. Es decir, la oposición al demos, en este punto, se producía no en el espacio de *lo político*, sino con formas de negar los espacios de polémica. En primer lugar y recurriendo e interpretando el concepto de polémica de FREEDEN, la forma de respuesta con leyes que evitan la polémica son ideológicas justamente por clausurar del inicio su expresión.

Si bien este Proyecto de Ley del Ejecutivo que fuera ingresado el 4 de octubre del 2011 (Boletín 7975-25) y que se rechazó el 17 de diciembre del 2013 en el seno de la Cámara de Diputados en votación de 51 contra 43 votos –que digámoslo no es un amplio rechazo, pero rechazo al fin y al cabo–, endurecía la penalidad al introducir una serie de disposiciones que elevaban las penas, establecían agravantes y nuevos tipos penales.

Es así como entre otras modificaciones, se pretendía reemplazar el actual art. 269 del Código penal chileno (ya visto anteriormente), el cual contempla el llamado delito de “desórdenes públicos”<sup>1559</sup>. Ambos textos se dispondrán en paralelo para su análisis.

Art. 269 Código Penal	Proposición reforma art. 269 (Art. 1º, N° 3 del Proyecto)
<p>Los que turbaren gravemente la tranquilidad pública para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado, incurrirán en la pena de reclusión menor en su grado mínimo, sin perjuicio de las que les correspondan por el daño u ofensa causados.</p> <p>Incurrirá en la pena de presidio menor, en su grado mínimo a medio, el que impidiere o dificultare la actuación del personal de los Cuerpos de Bomberos u otros servicios de utilidad pública, destinada a combatir un siniestro u otra calamidad o</p>	<p>Serán castigados con la pena de presidio menor en su grado medio quienes participen en desórdenes o cualquier otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los siguientes hechos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1.- Paralizar o interrumpir algún servicio público, tales como los hospitalarios, los de emergencia y los de electricidad, combustibles, agua potable, comunicaciones o transporte;</li> <li>2.- Invadir, ocupar o saquear viviendas, oficinas, establecimientos comerciales, industriales, educacionales, religiosos o cualquiera otro, sean privados, fiscales o municipales;</li> <li>3.- Impedir o alterar la libre circulación de las personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes;</li> <li>4.- Atentar en contra de la autoridad o sus agentes en los términos de los artículos 261 o 262 o de alguna de las formas previstas en los artículos 416, 416 bis, 416 ter y 417 del Código de Justicia Militar o en los artículos 17, 17 bis, 17 ter y 17 quáter del Decreto Ley N° 2.460 de 1979, o en</li> </ol>

<sup>1558</sup> RUIZ-TAGLE, PABLO, “Responsabilidad de los manifestantes. ¿Protección de personas y bienes, o coerción de la libertad?”, *Revista del Abogado*. Una publicación del Colegio de Abogados de Chile, N° 53, Noviembre, 2011, pp. 6-7, p. 6.

<sup>1559</sup> ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho penal, Parte especial*, Tomo IV, p. 270.

desgracia que constituya peligro para la seguridad de las personas.

los artículos 15 A, 15 B, 15 C y 15 D del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, según corresponda;

5.- Emplear armas de fuego, cortantes o punzantes, artefactos o elementos explosivos, incendiarios o químicos u otros capaces de producir daños a las personas o a la propiedad; ó,

6.- Causar daños a la propiedad ajena, sea pública, municipal o particular.

La pena establecida en el inciso precedente se impondrá sin perjuicio de la que, en su caso, corresponda aplicar además a los responsables por su intervención en los daños, incendio, atentados, robo, infracciones a la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas y, en general, otros delitos que cometan con motivo o con ocasión de los desórdenes o de los actos de fuerza o violencia.

Se aplicará la pena de presidio menor en su grado medio a quienes hubieren incitado, promovido o fomentado los desórdenes u otro acto de fuerza o violencia que importen la realización de alguno de los hechos señalados en el inciso primero, siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos.

Frente a ambos “artículos” se puede realizar las siguientes diferencias:

- **Existencia de elemento subjetivo:** El art. 269 contempla un elemento subjetivo, que si bien amplio al considerar “cualquier otro fin reprobado”, constituye una limitación al circunscribir la conducta hacia un fin materialmente antijurídico (“injuria” –como sinónimo de ‘daño’<sup>1560</sup>-, “mal”, “ofensa”), cuestión que no señala el artículo propuesto. Es decir, un elemento subjetivo que limite la punición de la conducta *versus* ninguna limitación a nivel subjetivo.
- **Cuantificación de conductas típicas:** El art. 269 prescribe dos conductas típicas (*turbar la tranquilidad pública e impedir y dificultar la actuación de personal de salvataje*), en contraposición al artículo propuesto que cuantitativamente dispone de siete conductas típicas. Es decir, cuantitativamente menor número de conductas típicas que el artículo propuesto.
- **En la asociación conducta típica/pena:** El art. 269 señala una pena de reclusión menor en su grado mínimo para una conducta (*turbar la tranquilidad pública*) y presidio menor en su grado mínimo a medio (*dificultar la actuación de personal de salvataje*), a diferencia de la propuesta que establece una sola pena de presidio menor en su grado medio. Es decir, penas únicas de menor penalidad que en el caso del artículo propuesto.
- **Entidad de las conductas:** En el art. 269 la conducta del inciso 1º (*turbar la tranquilidad pública*) limita la punición con el elemento subjetivo y la del inciso 2º le da fundamento de su criminalización la antijuricidad material sobre el peligro a la vida de las personas. Pero en el caso de las conductas descritas por el artículo propuesto, en muchos casos, poco o nada tienen que ver con antijuricidad material alguna: La “interrupción” de algún servicio público, cuestión que puede ser momentánea y mínima, ya que no expresa limitación el verbo rector (cosa que podría limitarse en sede jurisdiccional, pero solo analizamos desde el texto), ni se

---

<sup>1560</sup> *Ibid.*, p. 271.

señala que sea grave; “Impedir o alterar la libre circulación”, es decir, coacciones sancionadas como simple delito y no falta.

Por otro lado, el inciso 3º del artículo propuesto, agrava la conducta al señalar que ciertas conductas delictivas no solo serán sancionadas según la pena asociada a su propio tipo penal, sino que además recibirá la pena por desorden público cuando ocurra en dicho contexto. No se aprecia que exista un desvalor mayor de la relación social, como para agravar la conducta, más aún, aquel que realiza una acción de vencer los resguardos es más disvalioso que aquél que en estado de desorden entra a un lugar destruido y sustrae algo, donde las barreras de resguardo o no existen o se encuentran disminuidas, sin embargo en esta caso merecería, según el artículo propuesto, mayor desvaloración.

Ahora bien, el inciso 4º del artículo propuesto es además ambiguo y parece adelantar las barreras de punición, o al menos, deja en penumbra tal situación. En efecto, y en la frase “siempre que la ocurrencia de los mismos haya sido prevista por aquéllos” ¿Qué se quiere decir con ello? Tal vez la interpretación que más se acerque al elemento lógico sea la previsión de un resultado por parte de un agente. En primer lugar, las reglas de imputación no pueden ser tan laxas como hacer responsable penalmente a un sujeto en base al *alías* o azar, lo que acerca esta conducta a los delitos calificados por el resultado cual *versari in re illicita*. En segundo lugar ¿cómo podría llegar a determinarse el ser prevista sino recurriendo a presunciones, lo cual probatoriamente ya introduce un índice importante de incerteza jurídica tendiente a la criminalización antes que a su desconsideración.

Por otra parte, ¿a qué se refiere con la incitación, la promoción o el fomento del desorden? ¿No podría dar pie esto a considerar la tentativa de desorden público como conducta punible a título de consumado? Esto supondría no solo alterar las reglas del *iter criminis*, sino también adelantar las barreras de punición, sobre conductas que normalmente no tienen dicho adelantamiento en la legislación penal general, ni aún reclaman su modificación por el contexto en que se produce.

Fuera de lo dicho, es observable este proyecto de ley, porque teniendo como objetivo principal la preservación del orden público tiene entre sus tópicos el conservar liberalizado el flujo del mercado. Entre las razones que impulsan este proyecto, “se suman situaciones graves como saqueos y la afectación al desenvolvimiento normal de la vida diaria y la actividad del comercio en las zonas por la que transitan las marchas cuando ocurren situaciones que exceden el ámbito pacífico en que el derecho está llamado a ejercerse. Estos actos constituyen claras muestras de afectación a la seguridad y tranquilidad pública que, finalmente, importan una alteración directa del orden público”<sup>1561</sup>.

Bajo este respecto podríamos decir que los elementos no autoritarios y autoritarios del citado gobierno, prohijan a su vez elementos no autoritarios y autoritarios en el derecho, y para el derecho penal antes que la liberalización, sucede su endurecimiento y autoritarismo. Existe así una distribución de los elementos liberales y autoritarios, en distintas direcciones del derecho, que importa que los elementos liberales se despliegan hacia ramas del derecho diversas al derecho penal, concentrado dicho autoritarismo en la penalidad.

Aún estos elementos autoritarios pueden ser considerados como parasitarios en la organización social chilena:

---

<sup>1561</sup> Biblioteca del Congreso Nacional, *Mensaje 196-359*, del Proyecto de Ley del 27 de septiembre de 2011, p. 7.

“La violencia política represiva y la violación a los derechos humanos –repara DONOSO-, en el Chile de hoy, sigue siendo ejercida en contra de la sociedad civil que se canaliza a través de la criminalización de la protesta social violenta que cuestiona el modelo económico que protege y fomenta el Estado. Todo grupo social que ataca directamente la política de crecimiento económico en desmedro del bienestar de la protección social del Estado es fuertemente reprimido por la fuerza policial, la justicia civil y militar, razón por la cual la protesta social no recibe un tratamiento político democrático, por el contrario, es criminalizada a través de instrumentos legales heredados de la dictadura militar”<sup>1562</sup>.

## 2. SEGUNDA CLASE DE RELACIÓN: “EL LIBERALISMO ECONÓMICO PRODUCE AUTORITARISMO PUNITIVO”

Para esta relación, se explica por el condicionamiento o influencia bidireccional dominante de la infraestructura en la superestructura<sup>1563</sup>, y se entiende su tratamiento como dentro de la ingeniería política, porque son directamente las decisiones político-económicas las que predominan en su relación con la penalidad, determinadas obviamente por la economía. Existe así, una *dirección ascendente de la estructura* (economía → política económica) y luego una *dirección horizontal* de la misma (política económica → legislación penal).

FEELEY, reflexionando a partir de las conjeturas de GARLAND, señala que la versión del Estado neoliberal reactualiza las funciones que Adam Smith asignó a la política neoliberal del Estado: garantizar la libertad de los contratos y proteger de los enemigos tanto externos como internos. Esto se ve reflejado en la política neoliberal, tanto los mercados como las bolsas necesitan de un entorno que les permita funcionar, cuestión que se traduce en la libertad de los contratos (liberalización de la riqueza), y en cuanto a la política internacional se destina a la guerra contra los enemigos externos y la interna en potenciar el control del delito ante los enemigos internos. Es así como gobiernos en los que se adoptan modelos neoliberales como el de Reagan en EUA invadieron Granada, o el de Thatcher en Inglaterra invadieron las Malvinas a la vez de expandirse los militares en forma notable en ambos gobiernos<sup>1564</sup>. Así mismo la policía, las cárceles y los organismos encargados de hacer cumplir la ley aumentaron, porque se vio aumentando a su vez el control del delito<sup>1565</sup>.

Es así como FEELEY infiere una ley: “la expansión de las instituciones de control del delito es resultado de la adopción de políticas neoliberales”<sup>1566</sup>, y por lo mismo, “Mientras más un país adopta políticas neoliberales, más adopta la cultura del control”<sup>1567</sup>.

<sup>1562</sup> DONOSO, JAVIERA, “Violencia política en el sur de Chile: Estado, grupos económicos y Pueblo Mapuche. La Alianza Territorial Mapuche (Pu Lof Xawun) en el gobierno de Michelle Bachelet”, pp. 229-230.

<sup>1563</sup> No es *conditio sine qua non*, puesto que la dictadura militar chilena ya mencionada, produjo autoritarismo punitivo por el autoritarismo político, y no por reflejo de la política económica neoliberal, ya que ésta elección fue hecha con posterioridad a la asunción política.

<sup>1564</sup> En un sentido similar a la afirmación de FEELEY, señala KLEIN “...llegaron los años ochenta y los gobiernos de Margaret Thatcher (que llamó a Friedman un “luchador por la libertad intelectual”) y de Ronald Reagan (que fue visto con un ejemplar de Capitalismo y libertad, el manifiesto de Friedman, durante su campaña presidencial). Aquellos líderes políticos sí tuvieron el valor de implementar una absoluta liberalización del mercado en el mundo real” (KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, Paidós, Buenos Aires, 2007, p. 42).

<sup>1565</sup> FEELEY, MALCOLM, “Malcolm Feeley: Cuatro posiciones - Posición 4: Gobernando a través del delito”, *Nova Criminis*, N° 1, octubre, 2010, pp. 31-81, pp. 75-76.

<sup>1566</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>1567</sup> *Ibid.*, p. 76.

HARCOURT, yendo en una dirección similar que el autor anterior, señala cómo a los procesos de liberalización de la economía el endurecimiento penal va de la mano, ya que el endurecimiento de la penalidad es finalmente la forma de asegurar que a través de la penalidad, se deje fuera cualquier alteración de la libre competencia que regula al mercado. Esto produce, en la actualidad, Estados políticamente liberales, económicamente liberales y penalmente autoritarios<sup>1568</sup>. Pero agrega además un elemento, y este es, que ya la idea de la liberalización económica es una ilusión y que tras ella, se encuentra un verdadero aparato de control y de regulación del mercado, y sin perjuicio de ser sostenido a su vez, el control penal, justamente como instrumentos que benefician la regulación económica<sup>1569</sup>.

¿Cuál es el tipo de relación que se produce entre lo económico y lo penal, y cómo luego se articulan?

Es claro que para los dos autores, existe una relación específica entre la liberalización económica, y por ende, una política económica liberal y la penalidad, por la cual ésta última se orienta, en el endurecimiento de determinados sectores criminológicos y delictivos que representan un obstáculo a la liberalidad económica y cuya criminalización contribuye a su remoción con el objeto de lograr justamente la mejor liberalización de la riqueza.

De algún modo, la infraestructura condiciona e interactúa con la superestructura, y con una parte de esta superestructura como lo es el derecho penal. El derecho penal, para esta relación, no se mueve en un espacio libre sino de cierta determinación, y de cierta determinación económica, por la cual existe una relación inversa entre la economía y la penalidad: liberalización del primero y autoritarismo punitivo.

Podemos ejemplificar lo dicho, con lo que interpretamos se produce en la experiencia chilena.

Se ha entendido que Chile posee una estructura estatal de política liberal y económicamente neoliberal<sup>1570</sup>. Ésta última, si bien tuvo su origen en la dictadura

<sup>1568</sup> “los Estados Unidos ha sido un exportador neto de ideas y tecnologías [punitivas], tales como el de ventanas rotas, sentencia mínima obligatoria y la policía. Pero no en todo. El Reino Unido ha sido un líder en el uso de la videovigilancia, CCTV y la recolección de ADN; Francia fue un innovador en el campo de los campos paramilitares, antidisturbios, fuerzas de seguridad, e Italia ha estado en la vanguardia de los procedimientos judiciales de estilo bunker. Los principales instrumentos actuariales utilizados en los Estados Unidos (...) fueron inventados y desarrollados por investigadores canadienses” (HARCOURT, BERNARD, “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”, *Public law and legal theory working paper*, The Law School, The University Of Chicago, N° 268, Chicago, 2009, [Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1428463>], [fecha de visita: 7/04/2011], p. 1).

<sup>1569</sup> HARCOURT, BERNARD, “Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy”, pp. 5-12. Igualmente HARCOURT, BERNARD, “The Illusions, Free Markets. Punishment of the myth of natural order”, organizador Antonio Pelé, Universidad Carlos III de Madrid, 13/3/2011, [Disponible en <http://arcamm.uc3m.es/arcamm/index.php>], [fecha de visita: 23/05/2011].

<sup>1570</sup> “Chile es percibido como uno de los países del continente que ha logrado “consolidar” la democracia liberal como sistema político” (DONOSO, JAVIERA, “Violencia política en el sur de Chile: Estado, grupos económicos y Pueblo Mapuche. La Alianza Territorial Mapuche (Pu Lof Xawun) en el gobierno de Michelle Bachelet”, *Revista SudHistoria*, Año 1, N° 1, julio-diciembre, 2010, pp. 228-245, p. 228); Para Chile, él mismo señala: “El liberalismo, en el contexto mundial, presenta hoy suficiente fuerza y flexibilidad política, lo que le permite influenciar con sus ideales democráticos y de libre mercado a todos los sistemas políticos. Chile inserto, muy directamente, en la globalización mundial, como consecuencia de su economía exportadora no escapa a tal irradiación de influencias” (Ídem); “[el liberalismo] ha permeado el pensamiento de los chilenos y se abre paso entre la mayoría de las agrupaciones políticas tanto de este país como de muchos otros” (PUIG CASANOVA, TOMÁS, [Sin título], BITAR CHACRA, SERGIO et al, *¿Qué es necesario para que en Chile se concrete el proyecto liberal*, p. 58). En contraposición a la idea de una tradición liberal y señalando más a un conservadurismo, SQUELLA NARDUCCI, AGUSTÍN, [Sin título], BITAR CHACRA, SERGIO et al, *¿Qué es necesario para que en Chile se concrete el proyecto liberal*, pp. 77-82 (aunque al renegar del neoliberalismo económico, y sobre todo al incluir la igualdad como exigencia del liberalismo, ya se está alejando del liberalismo mismo. DWORKIN señala: “Los liberales suelen inclinarse más por la igualdad y menos por la



pinochetista, siguió su desarrollo en todo el período posterior, esto es, en la transición, de los cuatro gobiernos concertacionistas, esto es, Patricio Aylwin (1990-1994), Frei Ruiz-Tagle (1995-2000), Lagos (2000-2006) y Bachelet (2006-2010)<sup>1571</sup>.

Dentro de este contexto, se da en Chile y bajo dichos gobiernos, un aumento de la penalidad y del control policial en el llamado “conflicto mapuche”. Así bien lo expresa COUSO: “...la decisión de utilizar la legislación antiterrorista para enfrentar y juzgar los conflictos violentos protagonizados por miembros del pueblo Mapuche se origina durante los gobiernos de la Concertación de Partidos por la Democracia”<sup>1572</sup>.

Éste surge como consecuencia de las movilizaciones que se han producido en el sur de Chile, específicamente en la Novena Región del país, por el pueblo mapuche de aquella área, en contra de proyectos de inversión pública o privados alegando derechos ancestrales sobre las tierras de emplazamientos o planificación de dichos proyectos<sup>1573</sup>. El conflicto surge como eminentemente político entre las relaciones del pueblo mapuche con el Estado de Chile<sup>1574</sup>.

Si bien existió una promisorio cooperación con el primero de los gobiernos de la Concertación, el de Patricio Aylwin, para el reconocimiento de los derechos legales y constitucionales de los mapuches, aquélla se fue debilitando; primero, con la extendida modificación del proyecto de ley indígena debido a la oposición que presentaba en el Congreso<sup>1575</sup>; segundo, un reconocimiento más bien simbólico de derechos

---

libertad que los conservadores, y el conjunto de posiciones liberales fundamentales enunadas más arriba es el resultado del equilibrio al que se llegó de esa manera” [DWORKIN, RONALD, Una cuestión de principios, [trad. VICTORIA BOSCHIROLI], Siglo XXI, Buenos Aires, 2012, p. 240]]. En cuanto a la existencia de un Estado políticamente liberal en Chile, y la adopción de la economía neoliberal, Vid. SALAZAR, GABRIEL, *En el nombre del poder constituyente (Chile siglo XXI)*, LOM, Santiago de Chile, 2011, pp. 81-86.

<sup>1571</sup> “en Chile, ha sido preciso, que los tres últimos gobiernos, hayan debido recurrir para gobernar a la búsqueda de consensos políticos, lo que ha permitido al liberalismo, cobrar una importante cuota de poder, facilitando el progreso y desarrollo económico” (BITAR CHACRA, SERGIO et al, *¿Qué es necesario para que en Chile se concrete el proyecto liberal*, Fundación Presidente Balmaceda, Santiago de Chile, 2002, p. 33); “Este nuevo tipo de Estado [en Chile y bajo el gobierno de Aylwin], que se denominará neoliberal (...) cuando adopta formas democráticas (...) instala un sistema de decisiones políticas que, con funcionamiento del principio representativo de mayorías, debe granatizar la preservación del modelo económico social neoliberal” (MOULIAN, TOMÁS, *Chile actual: anatomía de un mito*, LOM, Santiago de Chile, 2002, pp. 339-340); “En efecto, Chile -teniendo un Presidente socialista [Ricardo Lagos] y no existiendo un Partido Liberal organizado- nunca como ahora, ha vivido un proceso y una realidad más liberal, especialmente en lo económico, que por lo demás, constituye el único camino para que algún día dejemos de ser un país subdesarrollado. Esto habla muy bien de la capacidad de renunciamiento del Presidente y de su liderazgo. Es el signo de los tiempos. La inteligencia de los hombres ya ha sabido elegir el sistema o instrumento económico más eficiente para producir desarrollo con justicia y mejor asignación de los recursos. La selección ha sido obvia y, por eso, el ideal liberal es tan sólido que casi no necesita un partido con su nombre” (PUIG CASANOVA, TOMÁS, [Sin título], BITAR CHACRA, SERGIO et al, *¿Qué es necesario para que en Chile se concrete el proyecto liberal*, pp. 58-59).

<sup>1572</sup> COUSO SALAS, JAIME, “Mapuches y Derecho penal”, *Derecho y Pueblo Mapuche. Aportes para la discusión*, p. 162.

<sup>1573</sup> AYLWIN, JOSÉ, “Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas”, *Perspectivas*, Departamento de Ingeniería Industrial, Universidad de Chile, vol. 3, N° 2, 2000, pp. 277-300, p. 278.

<sup>1574</sup> Problema que se inicia y se arrastra, al menos, desde el período entre 1860 a 1884. Vid. SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*, Segunda edición, Uqbar Editores, Santiago de Chile, 2012, pp. 121-122. COUSO expresa: “La reivindicación de las tierras ancestrales, a veces violenta, y penalmente relevante en el marco de las normas del estado nacional, no puede verse como otro caso más de “valoración jurídica diferente” donde se expresa la propia cultura y la normatividad del pueblo indígena que formula el reclamo. Sus dimensiones van más allá de la expresión de una diferencia de valoraciones culturales y normativas, para alcanzar el ámbito de la acción política, en demanda de autonomía territorial” (COUSO SALAS, JAIME, “Mapuches y Derecho penal”, p. 195).

<sup>1575</sup> “La ley indígena aprobada por la Concertación abrió una fisura en la ley de hierro que execraba y anonadaba a los mapuches. ¿Es que, por fin, los mapuches serían reconocidos como «pueblo»? Pudo ser, pero no fue. Fue sólo 'otro' gesto simbólico de amistad con el pueblo mapuche y otra limitada devolución de

constitucionales; tercero, los fondos de desarrollo indígena administrados por CONADI (Corporación Nacional del Desarrollo Indígena) fueron disminuyendo paulatinamente; cuarto, el respaldo de la administración Frei Ruiz-Tagle a la “expansión” de proyectos de inversión no indígena en los territorios del pueblo; quinto, reducción de derechos reales (como los acuíferos); sexto, impacto eco-religioso de las empresas forestales en el suelo mapuche; séptimo, las obras públicas y energéticas en contradicción a los derechos sobre tierras indígenas<sup>1576</sup>.

Esto, junto a una demanda ya histórica formulada por los mapuches, ha desembocado en la movilización del mismo pueblo<sup>1577</sup>, y como respuesta del Estado, según señalan los autores, en la “represión” de clase policial y penal<sup>1578</sup> no solo contra mapuches y ciudadanos chilenos no mapuches<sup>1579</sup>, sino también contra la prensa<sup>1580</sup>, y aun con uso de la tortura no sólo a mapuches<sup>1581</sup>, además a personas ajenas al conflicto y en labor periodística<sup>1582</sup>, cuestión que ha sido calificado por algún sector de la doctrina penal para este caso, como la aplicación del derecho penal del enemigo<sup>1583</sup>.

---

tierras. Pero el Estado (el mercantil-librecambista) no podía hacer más que ese 'gesto', pues «la tierra» ya tenía un dueño poderoso: el capital. Mejor dicho: las empresas forestales. ¿Y qué podía hacer la Concertación de Partidos por la Democracia contra quienes eran sus mejores amigos y sostenedores, desde fuera y desde dentro del país? El gran capital comercial había llegado de nuevo, ahora dispuesto a todo: a extirpar el bosque nativo, a plantar masivamente especies madereras de exportación, a arrasar la vegetación intermedia y a disecar las redes hidrográficas de agua fresca. Llegó esta vez para perpetrar el asesinato directo de la madre tierra. ¿No era demasiado?” (SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*, pp. 124-125).

<sup>1576</sup> *Ibíd.*, pp. 278-288; TRICOT, TITO, “Democracia formal y derechos indígenas. Una Aproximación a la relación actual entre el estado chileno y el pueblo mapuche”, *Haol*, N° 12, Invierno 2007, pp. 43-61, pp. 46-49.

<sup>1577</sup> “Los jóvenes mapuches de todas partes, de Santiago al sur, chilenizados o no, pensaron que sí, que era demasiado, y se aprestaron para retomar la lucha ancestral. Fundaron el Consejo de Todas las Tierras, y desafiaron a las forestales, a los colonos extranjeros, a la policía y al gobierno central. Vino después la Coordinadora Arauco Malleco, y comenzó a reaparecer la vieja guerra 'de guerrillas': camiones quemados, incendio de galpones, ocupación de fundos, enfrentamientos con Carabineros. y murieron, como antaño: *Catrileo, Lemún, Collío...*” (SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*, p. 125).

<sup>1578</sup> “Los gobiernos neoliberales (el de la Concertación y el de la Alianza por Chile) se encontraron ante un dilema serio: ¿qué hacer frente al más antiguo e indómito 'movimiento social' de la historia de Chile? Su respuesta inicial fue la de siempre: represión policial, enjuiciamientos, militarización de toda la región. Por primera vez en su historia de seis siglos, jóvenes mapuches llenaron las cárceles del sur, en calidad de virtuales «presos políticos». Acusados de ¡terrorismo! Pero ¿pueden los gobiernos de Santiago ir más lejos que enjuiciarlos con maña —como lo están haciendo— para que sus acciones rebeldes encajen en sus atemorizadas definiciones constitucionales de terrorismo? (...) El Estado ha puesto en acción el monstruo represivo que aloja en sus entrañas ilegítimas y sus anilladas torretas constitucionales (Ley Antiterrorista)” (SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*, p. 125).

<sup>1579</sup> AYLWIN, JOSÉ, “Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas”, p. 295, incluyendo su nota al pie N° 54.

<sup>1580</sup> Los periodistas franceses Cristopher Cyril Harrison y Joffrey Paul Rossj, los documentalistas italianos Giuseppe Gabriele y Dario Ioseffi. *Emol.chile*, <http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/03/20/29175/dos-periodistas-franceses-detenido-en-angol.html>, *Emol.chile* <http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/06/23/309864/ministerio-del-interior-expulso-a-jovenes-italianos-detenido-en-comunidad-mapuche.html>; Fecha de vista: 23/4/2012; Movimiento mundial por los bosques tropicales, <http://wrm.org.uy/boletin/132/Chile.html>, Fecha de vista: 23/4/2012.

<sup>1581</sup> AYLWIN, JOSÉ, “Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas”, p. 295, incluyendo su nota al pie N° 54.

<sup>1582</sup> Es del caso de la periodista chilena Elena Varela en filmación del documental “Nuevos Mapuche” Vid. *Nación.cl*, [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080628/pags/20080628180307.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080628/pags/20080628180307.html), Fecha de vista: 23/4/2012.

<sup>1583</sup> Vid. VILLEGAS, MYRNA, “El mapuche como enemigo en el derecho (penal): consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo”, *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, S/A, pp. 1-21, Disponible online: [http://www.cienciaspenales.net/decsargas/idp\\_docs/doctrinas/mapuche%actor%social%enemigo.pdf](http://www.cienciaspenales.net/decsargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%actor%social%enemigo.pdf), fecha de visita: 24/4/2002.

“Las implicancias de la valoración y tratamiento penal de estas acciones como terroristas –señala COUSO- van más allá del endurecimiento de las penas aplicables alcanzando una importante reducción de las garantías procesales. Así ocurre en la generalidad de los regímenes jurídico-penales de excepción que se ha dado en llamar el “derecho penal del enemigo” que, justamente, según la argumentación de Villegas, es la construcción ideológica a partir de la cual en Chile se enfrenta el conflicto mapuche”<sup>1584</sup>.

De acuerdo a DONOSO,

“Durante el gobierno de Patricio Aylwin, primer presidente post-dictadura, se comenzaron a dar los primeros conflictos entre los mapuches y el Estado chileno, que se resolvieron a través de la aplicación de la “Ley de Seguridad del Estado”, promulgada en la dictadura. En 1990, el Estado chileno actuó en contra de mapuches que realizaban una toma simbólica de tierras privadas. La represión fue tan seria que resultó con 141 mapuches condenados (...) Entre los años 2001 y 2010 Chile fue gobernado por dos presidentes de militancia socialista (...) Sin embargo, durante estos dos períodos, se radicaliza el enfrentamiento tanto por parte de los mapuches, como por el Estado. También es entonces cuando se aplican con mayor frecuencia la “Ley de Seguridad Interior del Estado” y la “Ley Antiterrorista” en contra de toda protesta social de carácter violento por parte de los mapuches. Ricardo Lagos como respuesta estatal al conflicto mapuche optó principalmente por dos vías. La primera de ellas fue dar paso a la represión policial contra las acciones de los activistas mapuches. Durante el 2002, a raíz de la ocupación ilegal de tierras en el Fundo Santa Alicia en la comuna de Ercilla, Provincia de Malleco, el joven comunero Alex Lemun perdió la vida por la acción de Carabineros de Chile, o sea, a manos del Estado. La segunda medida adoptada por el Estado fue la operación de inteligencia llamada “Operación Paciencia”, dirigida desde la Sub-Secretaría del Interior, que sindicó y persiguió a la “Coordinadora Arauco Malleco” como si fuera una organización de carácter terrorista. Sus dirigentes fueron encarcelados en juicios muy cuestionados. El llamado “Caso Lonkos”, donde Pascual Pichun y Aniceto Norin fueron condenados a cinco años y un día de prisión y el “Caso Puluco-Pidenco”, en el cual cuatro comuneros fueron condenados a diez años y un día de prisión: todos bajo la Ley Antiterrorista”<sup>1585</sup>.

Según M. VILLEGAS y otros, los ilícitos cometidos por mapuches durante el tiempo de los dos primeros gobiernos de la Concertación, eran reconocidos como delitos políticos y no comunes, por la aplicación de la Ley de Seguridad del Estado, siendo característica de los delitos políticos el que sólo pueden cometerse en gobiernos autoritarios y en democracias meramente formales y atacar la estructura de poder, a diferencia de los delitos terroristas que se cometen en el contexto de democracias materiales y que pretenden destruir las bases del Estado democrático atentando contra los derechos humanos mediante violencia indiscriminada. En este marco jurídico de persecución criminal, bajo el gobierno de Eduardo Frei-Ruiz Tagle se habría producido una criminalización del movimiento mapuche, aumentando el refuerzo policial en el área y judicializando el conflicto. Tal cosa se habría agudizado durante el gobierno de Lagos, por el recrudecimiento de la violencia del movimiento como reacción a los compromisos de reconocimiento de tierras incumplidos por dicho gobierno y por permitir a forestales e

---

1584 COUSO SALAS, JAIME, “Mapuches y Derecho penal”, p. 162.

1585 DONOSO, JAVIERA, “Violencia política en el sur de Chile: Estado, grupos económicos y Pueblo Mapuche. La Alianza Territorial Mapuche (Pu Lof Xawun) en el gobierno de Michelle Bachelet”, pp. 232-233.

hidroeléctricas la actividad económica en suelo mapuche, lo que redundó en la aplicación de la Ley sobre conductas terroristas N° 18.314 por parte del gobierno, aumentando además la represión policial, lo que trajo como consecuencia la muerte de un comunero mapuche, lo cual quedó finalmente impune<sup>1586</sup>. Bajo el gobierno de Bachelet (primer período), los procesos penales incoados bajo la Ley N° 18.314 siguen su curso, y se tratan de re-encausar los procesos penales del futuro bajo la persecución a delitos comunes, tales como los abigeatos, daños y amenazas, pero llama la atención de los autores que bajo esos años (2006) se promulga la Ley N° 20.090 que eleva la penalidad del abigeato, que establece presunciones de responsabilidades penales y de dominio de especies y para punir actos preparatorios, lo cual tiene correlato con las declaraciones de miembros de las cámaras quienes solicitan mayor rigor en las penas de abigeatos por el aumento de estos delitos en la Novena Región<sup>1587</sup>, centro como se sabe ya, del origen territorial del conflicto mapuche. Finalmente la actividad policial terminó con la muerte de otro comunero, durante este período de gobierno<sup>1588</sup>.

Aún los fundamentos de política penal del Estado chileno en este período para la persecución penal, podría ser cuestionado, como lo señalan algunos autores. Así COUSO, quien señala que si el fundamento se encuentra en no conceder el espacio de defensa y autotutela de un menoscabo del propio derecho ya producido “cuando se trata de juzgar hechos acaecidos en contextos en los que la tutela estatal, por muchos años, se había mostrado inoperante para resolver reclamos de tierras ancestrales, la legitimación del castigo penal de la autotutela, materialmente pierde justificación”<sup>1589</sup>.

Si bien el problema es complejo en su análisis, de tal modo que toda simplificación corre el riesgo de inexactitud<sup>1590</sup>, los intereses económicos no dejan de tener importancia en el desarrollo del conflicto mapuche.

Ya en 1956 algunos sectores políticos “pensaron que definitivamente el mapuche era un estorbo para el desarrollo económico y que el Estado debía ocupar sus tierras para entregarla a manos verdaderamente productivas”<sup>1591</sup>.

Hoy por hoy entidades privadas con intereses de esta naturaleza, y durante el período descrito, invocan la fuerza penal del Estado en contra de lo que a su parecer motejan de “terrorismo rural” lo que atentaría, según estos, contra la “institucionalidad” y el “Estado de Derecho”<sup>1592</sup>, y donde algún sector de la prensa reafirmara esta visión con fines de protección de intereses y proximidades ideológicas<sup>1593</sup>.

<sup>1586</sup> VILLEGAS DÍAZ, MYRNA; ALBORNOZ, PATRICIA; PIZARRO, ANGÉLICA; DÍAZ, FELIPE; SANDOVAL BEATRIZ, *Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuches*, Informe Final, Universidad Central, Santiago de Chile, 2008. [Disponible online: [http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/PORTAL\\_IDP.PROC\\_FICHERO.DOWNLOAD?p\\_cod\\_fichero=F2021618818](http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/PORTAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F2021618818)], [fecha de visita: 24/4/2012], pp. 98-102.

<sup>1587</sup> VILLEGAS, MYRNA et al, *Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuches*, pp. 102-108.

<sup>1588</sup> *Ibid.*, pp. 102-105.

<sup>1589</sup> COUSO SALAS, JAIME, “Mapuches y Derecho penal”, p. 213.

<sup>1590</sup> Tales como cuestiones de tipo cultural, que sin duda influyen en la forma de enfrentar el fenómeno. Vid. la mención sobre el contenido indígena de la visión política CARRASCO JIMÉNEZ, “La idea de pacto social en Chile. Hacia los albores de un pacto y de una nueva constitución”, pp. 37-38.

<sup>1591</sup> PINTO RODRÍGUEZ, JORGE, “El conflicto Estado-Pueblo Mapuche, 1900-1960”, *Universum*, N° 27, Vol. 1, Universidad de Talca, 2012, p. 187.

<sup>1592</sup> Por ejemplo, la Sociedad Nacional de Agricultura (El Mercurio Electrónico, Santiago de Chile, Viernes 10 de diciembre de 1999, Disponible online: [www.mapuche.info/news01/merc991210.html](http://www.mapuche.info/news01/merc991210.html)], fecha de visita: 22/4/2012); la empresa Corma quien señala aparte del término referido de “terrorismo rural”: “Las autoridades deben ser intransigentes en la mantención del orden público y respeto a la propiedad privada puesto que está en juego la integridad de trabajadores y propietarios del todo inocentes en estos ilícitos” (<http://www.cormabiobio.cl/digitos/encuentro2004/discur.htm>], fecha de visita: 22/4/2012); Igualmente vid. AYLWIN, José, “Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas”, p. 295, nota al pie N°

GALAFASSI señala:

“Ese punto del conflicto, que es una cara de muchas que tiene, es el que en los últimos años ha agudizado el enfrentamiento, porque hay comunidades que están recuperando tierras que les pertenecieron años atrás o en el siglo pasado y que hoy están en manos de transnacionales. Y el Estado, con todo su aparato judicial, policial, avala absolutamente a las empresas, no reconociendo que exista una legitimidad en el reclamo territorial. Ese conflicto en particular con las forestales y otras empresas energéticas como Endesa España, empresas que trabajan el rubro de la celulosa y las salmoneras en los canales australes, son hoy día el foco más fuerte de conflicto y lo que ha desencadenado la persecución, encarcelamiento y criminalización del pueblo mapuche en su conjunto”<sup>1594</sup>.

Según DONOSO “el Estado, apoya a empresarios que acusan con dudosos argumentos a dirigentes y autoridades mapuche, haciendo utilización de la Ley de Seguridad del Estado y Antiterrorista”<sup>1595</sup>.

El Informe del “Observatorio Ciudadano IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas)”, extrae de su estudio, las siguientes conclusiones:

“...el fortalecimiento de la institucionalidad que se propone implica una estrategia de protección del sector forestal, previniendo daños generados por incendio generados por incendios forestales. El legislador ha impulsado varios proyectos de ley destinados a *aumentar la penalización* del delito de incendio, acorde a la política de criminalización de las comunidades mapuche aledañas a las plantaciones y asumiendo que los incendios son intencionales y provocados para exigir la restitución de tierras por parte de las comunidades indígenas y sus líderes. Llama la atención que la política pública no pondere el impacto de la expansión forestal y consecuentemente el incremento de los riesgos de incendio imputables a la expansión de la industria forestal y alta densidad de plantaciones, lo que constituye un *peligro* inminente de incendio para las comunidades vecinas a los predios forestales, tanto indígenas como campesinas (...) En este proceso de criminalización el Estado ha utilizado algunos delitos comunes establecidos en el Código Penal para incriminar a los mapuches, tales como: el incendio, la asociación ilícita, amenazas y el abigeato. Además se han utilizados leyes de excepción, como es el caso de la ley antiterrorista o la ley de seguridad interior del Estado, lo que habilita a la judicatura para agravar las penas asignadas a los

---

55); Forestal Mininco  
(<http://www.mininco.cl/DeclaracPublicasyPresentaciones/ComunicadoPrensa19Feb2000.htm>; fecha de visita: 22/4/2012).

<sup>1593</sup> AMOLEF, ANDREA, “La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II”, *Boletín IFP*, Junio 2004, Mundo indígena, p. 21, [Disponible on line: <http://www.programabecas.org/numero/VII-9.pdf>, Fecha de visita: 22/4/2012. Vid igualmente, MUÑOZ ROMÁN, RICARDO, “Discurso informativo y luchas por el reconocimiento el “conflicto mapuche” en El Mercurio y la Segunda (Chile, 2008-2009)”, *Perspectivas de la comunicación*, Universidad de la Frontera, vol. 3, N ° 2, 2010, pp. 29-47; DEL VALLE ROJAS, CARLOS, “Interculturalidad e intraculturalidad en el discurso de la prensa: Cobertura y tratamiento del discurso de las fuentes en el “conflicto indígena mapuche”, desde el discurso político”, *Redes.com*, N ° 2, pp. 83-111, [Disponible online: <http://www.compoliticas.org/redes/pdf/redes2/9.pdf>; fecha de visita: 22/4/2012].

<sup>1594</sup> En cita a palabras de Pedro Cayuqueo, director del periódico mapuche Azkintuwe, aunque para la situación en Argentina, pero que en todo caso, primero: es un solo pueblo mapuche; segundo: no es diferente su situación ni el contexto en el que se desarrolla. GALAFASSI, GUIDO, “Recuperación ancestral mapuche”: Divergencias ideológicas y conflictos entre Mapuches y el Estado. El caso del Lof Inkaial WalMapu Meu (Parque Nacional Nahuel Huapí, Río Negro, Argentina), Cuadernos de antropología social, 2012, n.35, pp. 71-98, [Disponible online: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1850-275X2012000100005](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2012000100005)], [fecha de visita: 08/04/2014].

<sup>1595</sup> DONOSO, JAVIERA, “Violencia política en el sur de Chile: Estado, grupos económicos y Pueblo Mapuche. La Alianza Territorial Mapuche (Pu Lof Xawun) en el gobierno de Michelle Bachelet”, p. 230.

delitos comunes y suprimir garantías procesales (...) El informe concluye, en esta primera etapa, con un análisis de los principales conflictos entre las comunidades indígenas y las empresas forestales e el país, y que se manifiesta en disputa de tierras y conflictos ambientales. En relación al conflicto por las tierras, el estudio muestra que no se trata de casos aislados, sino que, por el contrario, a medida que se expande el modelo forestal las empresas forestales *monopolizan las tierras que pertenecen por propiedad* ancestral al Pueblo mapuche y que son reivindicadas por este, oponiéndose a su restitución y presionando en instancias judiciales por la *criminalización de los dirigentes mapuche*, como una estrategia de neutralización de la demanda de tierras” [el resaltado es nuestro]<sup>1596</sup>.

Y aún los mismos actores del movimiento mapuche apoyan esta tesis:

“Con el incremento de las movilizaciones mapuche, los gobiernos, dentro de la lógica de privilegiar la transnacionalización capitalista como eje de la dominación y de su definición economicista, han generado distintas iniciativas enmarcadas en una estrategia para frenar las expresiones del movimiento mapuche autónomo y libertario. Dos son las líneas muy claras, por un lado la violenta: represión, cárcel, muerte, judicialización, planes para atemorizar, desarticular, estigmatizar, etc.; y por otro lado, las políticas sociales”<sup>1597</sup>.

La misma penalidad que orientada con un fin político en los gobiernos concertacionistas, y aún en el último gobierno de dicha coalición (primer período Bachelet), los delitos comunes como en el abigeato, la penalidad se agrava.

Varios aspectos de los ya dichos, pueden apuntar a lo expresado aquí de un modo sintético, y que reflejen, en lo concreto de los casos expuestos cómo la infraestructura (económica) repercutiría negativamente en la penalidad como destino final:

- i. Consideración de los hechos como delitos políticos, con lo cual se aumenta la penalidad de algunos ilícitos, en comparación a una posible calificación como delitos comunes. Lo mismo, para el caso de la aplicación de la Ley sobre conductas terroristas, además con la ampliación de los espacios de punibilidad, por ejemplo, por anticipación de las barreras de punición sea por los elementos subjetivos, la construcción de delitos de peligro o la punición de los actos preparatorios<sup>1598</sup>.

El caso en el evento, es que se optan por herramientas jurídicas más gravosas, en relación a hechos donde se cuestiona el carácter de políticos o terroristas en que han sido evaluados por el órgano persecutor y los tribunales. Esto acarrea un aumento del contenido penal por la producción jurisprudencial, sin encontrar necesario correlato en la realidad de las relaciones sociales directas, lo que se traduce en la generación de una inflación penal.

- ii. Las causas, según se anunciara ya, son principalmente generadas en la relaciones sociales que surgen entre mapuches no propietarios con la propiedad

---

<sup>1596</sup> AYLWIN, JOSÉ; YÁÑEZ, NANCY; SÁNCHEZ, RUBÉN, “Pueblo mapuche y recursos forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica”, Documento de Trabajo, Observatorio Ciudadano IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas), 2014, [Disponible online: [http://www.mapuche.nl/doc/forestal\\_chile140121.pdf](http://www.mapuche.nl/doc/forestal_chile140121.pdf)], [fecha de visita: 8/04/2014], p. 10, pp. 18-19, p. 5.

<sup>1597</sup> HUENCHUNAO MARINÁN, JOSÉ, “Resistencia y reconstrucción del pueblo-nación mapuche”, *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2012, p. 27.

<sup>1598</sup> VILLEGAS, MYRNA et al, *Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuches*, pp. 142-153.



raíz reclamada como suya, en las relaciones sociales entre sujetos mapuches y propietarios, y entre mapuches y las empresas privadas con planes de inversión que impactan negativamente la propiedad raíz y el contexto eco-religioso de la cual la propiedad raíz forma parte. Todas éstas son relaciones sociales que surgen no de modo personal, sino más bien cosificadas en la propiedad raíz y a través de ella, como relaciones sociales cosificadas. La propiedad es la base de la economía política, y es en razón de ella que surge la activación de los aparatos policiales y judiciales, solicitados aún por los dueños de capital inversor, con lo cual se generan discursos en este mismo sentido. La presión sobre los recursos punitivos aumenta, generando una inflación de la penalidad toda.

- iii. Ley Antiterrorista promulgada bajo la dictadura, ya inflaciona penalmente el derecho por considerar que se fortalece el autoritarismo y que se encuentra en nuestro sistema más por finalidades políticas (naturaleza de las leyes antiterroristas) y por razones de estado que por un aspecto estrictamente penal, pudiendo ser utilizada contra cualquier grupo que se pretenda criminalizar como terrorista<sup>1599</sup>. El derecho, bajo ese respecto, se encuentra ya inflacionado, y su uso, no hace más que pretender utilizar (en tanto política criminal) un instrumento inflacionario (penalmente autoritario) dentro de una organización de Estado liberal<sup>1600</sup>.
- iv. Rearticulación de la penalidad onerosa ante la no utilización de la Ley de Seguridad del Estado, mediante la agravación por vía legislativa, del delito de abigeato existente, lo cual de paso no solo agrava la penalidad respecto de los hechos ocurridos en la Novena Región, sino respecto de cualquier acción subsumible en el abigeato. El centro de definición es la protección de la propiedad semoviente, factor económico que en su tutela, produciría para el caso, aumentos en la penalidad.

Si en el caso específico ha existido un aumento de la penalidad en el abigeato por ley, existe entonces una producción normativa. ¿Tiene correlato dicho aumento de la penalidad en la realidad social?

La moción parlamentaria fue presentada en el año 2002 en septiembre, por ocho parlamentarios de la UDI y dos de RN<sup>1601</sup>. El proyecto inicial siempre se dirigió en aumentar las penas del abigeato, basados en la frecuencia del delito en la actualidad, y en que la pena en el estado en que está, no disuade a los delincuentes por abigeato<sup>1602</sup>. El año 2004 fue presentada otra moción respecto al mismo ilícito (Boletín N° 3495-07), encabezada por Juan Bustos Ramírez. En este, sin dejar de reconocer la existencia del cuatreraje y la receptación, señala que el tipo de abigeato no es un tipo independiente sino una agravación

1599 Para todo ello vid. VILLEGAS, MYRNA. "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal", *Política Criminal*, N° 2, A3, 2006, pp. 1-31, p. 30; "Myrna Villegas: 'En la Araucanía no existen actos de terrorismo'", Entrevista en CNN Chile, 29 de diciembre, 2012, [Disponible online: <http://www.cnnchile.com/noticia/2012/12/29/myrna-villegas-en-la-araucania-no-existen-actos-de-terrorismo>], [fecha de visita: 08/04/2014].

<sup>1600</sup> Vid. SALAZAR, GABRIEL, *En el nombre del poder constituyente (Chile siglo XXI)*; SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*.

<sup>1601</sup> Rodrigo Álvarez Zenteno (UDI), Marcelo Forni Lobos (UDI), Pablo Galilea Carrillo (RN), René Manuel García García (RN), Javier Hernández Hernández (UDI), Patricio Melero Abaroa (UDI), Gonzalo Uriarte Herrera (UDI), Ignacio Urrutia Bonilla (UDI), Gastón Von Mühlenbrock (UDI), Pablo Longueira Montes (UDI).

<sup>1602</sup> Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, *Historia de la Ley N° 20.090. Sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su Investigación*, 11 de Enero de 2006, p. 7. Disponible online: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20090/HL20090.pdf>, fecha de visita: 24/4/2012.

facultativa, en que las penas deben orientarse más hacia el derecho y menos hacia el Estado, el que la “razón de ser” de las penas ha de encontrarse en el bien jurídico, que para el caso es el patrimonio del sujeto, y en que es una falacia pensar el que la agravación en la pena para el abigeato pueda intimidar de cometer el delito específico<sup>1603</sup>. Es así como se propone dotar de mejores pruebas para las víctimas, y a los operadores en el proceso para mejores pericias, y disuadir con penas accesorias de multa ante la sustracción de animales<sup>1604</sup>. La ley resultante fue finalmente, -y como toda Ley- un híbrido entre el primer proyecto y el segundo (más las observaciones de las Comisiones y las discusiones parlamentarias), pero pesando mucho más el primero, con algunas cuestiones recogidas del segundo pero que más que en la vía de este proyecto, vinieron a aumentar la punición finalmente.

Lo interesante, fuera de esto, son las lecturas que pueden realizarse de los hechos discursivos y las significaciones ya a nivel del autor del texto. En este último caso, no es coincidencia que ante un proyecto que redundaba finalmente en el aumento de la pena ante toda situación concreta y en la relación a mayor pena, mayor su efecto intimidatorio, todos los parlamentarios firmantes sean de derecha, y ello porque aquellos detentan una ideología política autoritaria y económicamente *catalixista* o neoliberal. Y éste es, a nuestro juicio, las ideologías que imperaron en la redacción final de la Ley. Tampoco es coincidencia que el segundo proyecto, haya sido de autoría de Juan Bustos. Si bien entre los firmantes aparecen diputados todos socialistas, es innegable que en la sola lectura de todo el texto, se desprende la forma de escritura del penalista, y baste para ello una cita: “El legislador no puede estar de espaldas a la realidad, aquí radica la misión del legislador crítico y democrático, esto es, la constante revisión de porqué se ha seleccionado tal relación social y se la ha fijado de una forma determinada”<sup>1605</sup>. Esta circunstancia sumada al propio texto del proyecto y sus “argumentarios”, convierten a éste en un resumidero de las ideas de Bustos como autor en sus textos penales de academia.

Tales cuestiones producen una cierta lucha ideológica en el seno de dichos proyectos de ley, ya que el segundo proyecto parece ser más que un proyecto presentado de modo alternativo al primero, una verdadera respuesta al primero. Basta para ello revisar las expresiones usadas en este segundo proyecto: “Necesidad de reconsiderar la significación político criminal del delito, la pena y el bien jurídico protegido en esta clase de delitos”; “Llama la atención que las respuestas actuales en el orden político criminal en el ámbito legislativo, se orienten más hacia el Estado que hacia el derecho. Esa constatación difiere con las corrientes del planteamiento político criminal liberal democrático. La respuesta punitiva tiene su razón de ser, en la medida que se lesione un bien jurídico, como ocurre en este caso con el patrimonio del sujeto pasivo”; “Las experiencias del mundo de la vida enseñan que pese a contar con una figura agravada del hurto de animales, el recurso de la pena (¿intimidatoria?) es una falacia que en medida alguna ha impedido la mayor o menor ocurrencia del delito”; “Un planteamiento legislativo serio, debe dejar de lado la demagogia vindicativa de las posiciones de “ley y orden”, asumir las falencias del sistema punitivo –en actual crisis- y buscar el

---

<sup>1603</sup> *Ibíd.*, p. 12.

<sup>1604</sup> *Ibíd.*, pp. 12-13.

<sup>1605</sup> *Ibíd.*, p. 13.



recurso del castigo como última razón y orientado en el sentido de las consecuencias”<sup>1606</sup>.

Como ya anunciamos, no es este criterio, sin embargo, quien se impone en esta lucha, sino más bien los criterios del primero en la Ley N ° 20.090. Este verdadero atestado y apología de una política criminal democrática, pone en evidencia que los aumentos en la penalidad que el proyecto iría a producir, no tienen correlato en la realidad social y en la expresión democrática de dicha realidad, sino más bien en demandas de criminalidad por sobre lo penalmente necesario. Siendo así y para nosotros, la Ley N ° 20.090 sería entonces inflacionaria penalmente.

Ahora, si ésta es efectivamente inflacionada en razón del conflicto mapuche, no lo podríamos afirmar tan a raja tabla. Pero cabe en todo caso señalar algunas inquietudes. Por ejemplo, el hecho que parlamentarios de la Novena Región, hicieran un uso tan extendido de la palabra en defensa de la aprobación de la Ley, y de una particularmente rigurosa<sup>1607</sup>; que la defensa por los campesinos y pequeños propietarios de bienes raíces y de animales se produjera con tanto ahínco en ese momento, no obstante que siempre éstos han existido y sin alteración realmente importante de los hechos delictivos en su contra. Esto es algo interesante a mencionar.

De acuerdo a lo estudiado y bajo el presupuesto anterior, el problema inflacionario se apertura hacia dos campos problemáticos: uno, las relaciones entre el derecho formal e informal; dos, las relaciones “polinómicas” (COVER).

En el primer caso, la discusión de una ley no debe hacerse “generosamente” “de cara a la ciudadanía”, sino desde ella y desde la base social completa. Una Ley Antiterrorista que no ha sido ampliamente debatida y observada en la discusión científica, sea para su anulación o reformulación, vendría nuevamente lastrada por una formalidad que deniega el derecho informal.

En el segundo caso, y utilizando los conceptos de COVER, debe existir una consideración de la “autonomía insular” del pueblo mapuche, de su “narración” y “nomos” traducido en el Az-mapu, respecto del cual el derecho formal y “modelo imperial” debería entrar en diálogo, y no sencillamente imponerse. No existe aquí una dialéctica positiva, sino más bien negativa, una demolición cultural del término en contradicción. El derecho formal y la *lógica policial* ha entrado a normalizar situaciones totalmente excepcionales, donde su actuar no refleja sino un profundo desconocimiento cultural de los problemas involucrados. Pero éste es el mejor escenario, ya que el peor podría ser no el desconocimiento, sino derechamente el acto consciente de imperio, lo cual nos remite a la idea de una *lógica policial* entreverada con el autoritarismo.

De cualquier forma, con conocimiento o no, el autoritarismo se encuentra presente, ya que de desconocerse el contexto cultural y las divergencias democráticas y distancias polinómicas, se impone un control social mediado por la fuerza. Solo que la fuente de generación para dicha imposición habría de ser lo económico. Lo económico (político) el origen, el autoritarismo (político/penal) su consecuencia.

---

<sup>1606</sup> Ibid., pp. 12-13.

<sup>1607</sup> Vid. las intervenciones de los parlamentarios García y Tuma, ambos de la Novena Región (pp. 196-200, p. 201).

### 3. COMPORTAMIENTO DE LAS RELACIONES ENTRE LA POLÍTICA Y LA PENALIDAD EN EL ESPACIO POLÍTICO

#### a. Ideográfica del espacio político

RANCIÈRE expresa para la caracterización del *demos*, de una metáfora visual, partiendo de los análisis de *La Política* de Aristóteles, en cuanto ésta distingue la mala y la buena democracia:

“La mala democracia es aquella que coincide con su nombre: en ella, el *demos* ejerce el poder, habita en el centro de la ciudad y no tiene más que dar algunos pasos para asistir a la asamblea y aspirar a los *arkhai*. Por el contrario, la buena democracia -esa que se acerca tanto como es posible al régimen ideal de la *politeia*- introduce la distancia en el *demos*, alejando del centro a los *aporoi*, recurriendo al censo o a algún otro medio. En ese caso las leyes mandan "en razón de la falta de recursos" (*prosodon*). *Prosodos* es un término notable. Significa, en primer lugar, el borde, el punto en que el camino toca a su fin. En el lenguaje político, este borde asume un sentido más preciso: constituye el hecho de presentarse para hablar ante la asamblea. Pero *prosodos* designa, al mismo tiempo, el excedente que permite presentarse, ponerse en camino, ese algo más que permite asistir a la asamblea: algo suplementario en relación al trabajo y a la vida que éste asegura. Ese suplemento que falta no es necesariamente el dinero. Puede ser simplemente el tiempo, el tiempo libre. Tiempo libre que falta para ir al centro, porque el centro está lejos; porque no se puede renunciar al trabajo o a la ganancia cotidiana. Estos son, según lo expone el libro IV [La Política], los beneficios de la democracia rural, sobre todo allí donde los campos se encuentran suficientemente lejos de la ciudad. En razón de ello es posible lograr una buena democracia e, incluso, una buena *politeia*: los agricultores no tendrán tiempo para hacer asambleas frecuentemente, no tendrán el tiempo de ocupar el centro, prefiriendo trabajar a perder el tiempo haciendo política. Tendrán la posibilidad (la *exousia*) de hacer política, pero decidirán ellos mismos abandonar los cargos a quienes poseen la *ousia*, la fortuna que permite dedicarles tiempo. En ese caso, la perfección se obtiene por deserción del centro. Es necesario que los ciudadanos estén lejos del centro de su soberanía. Para que el régimen funcione, se necesita cierta cualidad (*poion tina*). Mas esto no alude a una cualidad de los ciudadanos, sino solamente a una propiedad de su espacio. Es necesario que no existan campos en la inmediatez de los muros de la ciudad; que esté cortado el acceso entre lo social y lo político, como también el acceso entre los ciudadanos y el territorio de su ciudadanía. Es necesario que exista un intervalo, un vacío en el borde de lo político” [el resaltado es del autor]<sup>1608</sup>.

Según lo expresado, la ideografía que representa la “buena democracia” griega y que en el fondo no es más que la representación de los sistemas del espacio político hoy según RANCIÈRE, está expresada del siguiente modo:

---

<sup>1608</sup> RANCIÈRE, JACQUES, *En los bordes de lo político*, [trad. ALEJANDRO MADRID], La Cebra, Buenos Aires, 2011, pp. 32-33.



Lo ideal –como “existencia todavía irrealizada” como señalaba DUSSEL- es que el área de la lógica policial se encuentre al menos en equilibrio con la heterología política.

[illegible]

por lo que el área de este último debe ser idéntica al área de la lógica policial. Esto se obtendría determinando el área de la heterología política restándole el área de la lógica policial. Por su parte, mientras las áreas de lo correspondiente a “guerra” y “policía” son más reducidas, y el área del derecho penal al menos coincidente con el área de la heterología política, siempre en el rango del ciclo de la producción de derecho penal (producción normativa equivalente a la producción de bienes materiales), existirá un equilibrio.

Las flechas muestran la oposición que existe entre la lógica policial que aspira a hacer desaparecer violenta o menos violentamente a la política (RANCIÈRE), y como la heterología política lucha por espacios de acción. El conflicto se ha de producir en el *topos* de *lo político* (área gris), donde se debate el derecho vivo con el derecho estatal, y donde la producción de bienes materiales polemiza con el derecho penal [estatal] (producción normativa).

Los procesos donde existe un equilibrio entre la *producción de bienes jurídicos* y la *producción normativa*, habrían, a su vez, de ser consecuencia de un cierto equilibrio entre los procesos de la acción política por los espacios del *demos* y la lógica policial en más o menos su concesión. Resultado de esta “lucha” es que se produce dialécticamente la síntesis normativa de las relaciones concretas, es decir, el bien jurídico (normativamente identificado con lo material).

Todo el ciclo de producción del derecho penal, habría de mantener este equilibrio: Entonces no existe *producción jurisprudencial* mayor que *la producción normativa*, siendo equivalentes. Y como la *producción normativa* no excede a la *producción de bienes jurídicos*, junto al hecho que la *producción jurisprudencial* no excede a su vez la *producción normativa*, por consecuencia y entonces, la *producción jurisprudencial* es equivalente a la *producción de bienes jurídicos* (Si  $P_b \leftrightarrow P_n$ , y  $P_n \leftrightarrow P_j$ , entonces  $P_j \leftrightarrow P_b$ ). Y si la *producción jurisprudencial* no es mayor a la *producción de bienes jurídicos*, entonces no existiría inflación ( $P_j \leftrightarrow P_b$ ).

Pero como ya se había señalado, este supone un ideal dentro del Estado burgués y la lógica policial en tanto “daño” a la política. El sentido realista es que los equilibrios no se van a producir en toda la penalidad, sino solo en algunos puntos específicos (tipos determinados, penas puntuales, etc.).

## **b. Movimiento sobre la base de la relación a autoritarismo político, autoritarismo penal**

El crecimiento del autoritarismo en *la lógica policial*, ha producido un aumento de la penalidad desde el derecho estatal (producción normativa), esto es, donde o no existe un bien jurídico material, o donde son añadidas afecciones a él como conductas típicas o modalidades de aquella que no representan afecciones con sustento material, o cuando se agrava la pena sin consideración a proporcionalidad alguna al bien jurídico material y su afección.

Es por ello que tales situaciones demuestran cómo la lógica policial tiene una repercusión en lo penal, en el mismo sentido de su aumento, esto es, mientras *la lógica policial* hubo de crecer en su esfera de intervención, lo penal aumenta en idéntico sentido, al ser reforzados sus contenidos. Mientras exista aumento en el autoritarismo, se rigidizan las expresiones de lo punitivo. Con el aumento de *la lógica policial*, acrece a su vez el derecho penal.

Pero aún cabe graficar las relaciones entre *la lógica policial* y *la heterología política*, y con relación a la penalidad.



En primer lugar, si *la lógica policial* crece, como se ha visualizado, crecen con él todas las expresiones del poder estatal, y dentro de ello, el poder penal, lo cual produce como efecto, la drástica reducción de la heterología política, y con ello la intervención del derecho penal copa más espacios que antes en la vida del ciudadano. Por otro lado, el círculo de *lo político*, queda reducido a su mínima expresión, lo cual expresa que el *topos*, el espacio de desacuerdo y polémico, donde al menos ambas fuerzas se encontraban, prácticamente se ve reducido. De acuerdo a lo graficado, si el círculo concéntrico que representa *la lógica policial* crece y con él -como una consecuencia natural y no necesaria- el círculo concéntrico de lo penal, el espacio del círculo concéntrico de la *heterología política* viéndose reducida, se ve al mismo tiempo invadida por el círculo de lo penal, en ocupación de mayor espacio de su radio. Con ello, tenemos una penalidad de mayor intervención en la vida civil que se ve disminuida a consecuencia de los aumentos en *la lógica policial*.

La situación ideográfica aquí presentada, devela así, *bienes jurídicos positivos* por sobre *bienes jurídicos* materiales ( $B_p > B_m$ ), o sea una *producción normativa* que no se corresponde con la *producción de bienes jurídicos*, por ser la primera mayor que ésta ( $P_n > P_b$ ).

En el ejemplo ya referido a la dictadura pinochetista en Chile, ha existido una introducción de tipos penales en el espectro normativo chileno entre los años 1973-1974, teniendo como fundamento razones de orden político para su existencia, en una clara necesidad de un control político de sus adversarios a la dictadura y al sistema político-económico que quería implementarse. El aumento de los tipos, no respondió a necesidades reales que surgen desde el seno de la comunidad, del *nomos*, del derecho vivo, por el contrario, su origen se encuentra absolutamente desfundamentado de aquél y de sus necesidades concretas y reales. El resultado es claro: figuran cuantitativamente normas por sobre las necesidades de la comunidad; los significantes que se quieren producir y representar en bienes jurídicos, han de ser mera creación normativa sin sustento. Por ende, los bienes jurídicos positivos serán superiores a los bienes jurídicos materiales. Existiría así, entonces, una *inflación penal*.

Por ende, el derecho penal se incrementa sobre la base de un aumento autoritario del poder en *la lógica policial*<sup>1610</sup>. El área de *la heterología política*, por su parte decrece, dado a la escisión de la lógica policial de aquélla, y por ende ocurre el desfase, en lugar que el crecimiento o decrecimiento de ambos sea a la vez y en igual proporción.

En condiciones como esta, lo normal es que se produzca además, el aumento de los contenidos penales de la norma a través de la interpretación dogmática de clase jurisprudencial (cuestión que según los autores, habría sucedido en Chile<sup>1611</sup>), ya que es la única que podría aumentar los contenidos penales con consecuencias en la sociedad civil. Por ende, tendería a haber un mayor aumento de la *producción hermenéutica* de clase *jurisprudencial*, por sobre los bienes jurídicos existentes ( $P_j > P_b$ )<sup>1612</sup>, cuestión lógica si pensamos en la relación entre las fases de la producción del derecho penal<sup>1613</sup>, y a su vez, el aumento del contenido normativo (si  $P_n > P_b$ , entonces  $P_j > P_b$ )<sup>1614</sup>.

Pero siempre los aumentos en la hermenéutica judicial deben ser observados, puesto que, o bien se debe a una inflación penal, o bien, meramente a un síntoma de la deflación del sistema, cuestión que entonces reclamaría una producción normativa en esa dirección<sup>1615</sup>.

Para otro caso ejemplificativo, es interesante poder apreciar esta dinámica: el movimiento estudiantil y los movimientos sociales del último tiempo en Chile.

---

<sup>1610</sup> Ello sin perjuicio del aumento que experimente el núcleo de la fuerza en total, considerando lo policial y la guerra.

<sup>1611</sup> Vid. MATUS ACUÑA, ALEJANDRA, *El Libro negro de la justicia*, Editorial Planeta, Santiago de Chile, 2000.

<sup>1612</sup> Paralelamente, y por el hecho del aumento del contenido de lo policial, existe una tendencia a aumentar la demanda constitucional, esto es, la exigencia de derechos y garantías fundamentales desde el ámbito de *la heterología política*, cuestión que requería gráficas más complejas para representar lo dicho, y por no ser objetivo de esta investigación. De cualquier forma, podemos expresar que tal circunstancia ocurrió de modo empírico ante las violaciones de los derechos humanos que ocurrieron por los aparatos policiales, entendido este último término en forma amplia, comprendiendo no sólo la policía en términos institucionales (Carabineros, Policía de Investigaciones), sino además otras instituciones que desarrollaron funciones policiales (FFAA, DINA, CNI). Al existir la detención de personas con la infracción de garantías, aumentó la demanda constitucional, traducido específicamente en la interposición de recursos de amparo durante el período de la dictadura, sobre todo en los años 1973-75, con poco éxito en todo caso, en la acogida de dichos recursos, lo que provoca a su vez cero incidencia en la mantención, ni qué decir el aumento de garantías constitucionales. Con ello, por el expediente del derecho constitucional, se ve reducido igualmente *la heterología política* por este expediente, y la sociedad civil queda por esa vía, reducida en sus derechos y en el desenvolvimiento de persona en el espacio político.

<sup>1613</sup> Es así como bajo el régimen militar se dictan una serie de sentencias apoyadas justamente en la producción normativa. Por ejemplo, y para el caso del DL 77, la jurisprudencia es numerosa en la vía del simple contacto con personas que pudiesen ser sospechosas sus reuniones (CA Antofagasta, Rol 53-74), confección de panfletos (CA Rancagua, Rol 51-74) y por diversos otros motivos (CA Santiago, Rol 5-78, Rol 11-78, Rol 14-78, Rol 17-78, Rol 19-78, Rol 21-78 donde además el voto de prevención quería considerar el delito como de peligro adelantando así la barrera punitiva, Rol 33-78, Rol 39-78, Rol 2-79, Rol 7-79, Rol 14-79, Rol 21-79, Rol 22-79, Rol 32-79, Rol 38-79, Rol 406-79); CA Copiapó, Rol 1-79, entre muchas más.).

<sup>1614</sup> Respecto de esto último, señala FERRAJOLI que la inflación penal produce, desde el punto de vista del crecimiento legislativo, igualmente un aumento en la discrecionalidad o "poder dispositivo de los jueces" (FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, p. 714), debido a la incertidumbre y confusión de las leyes por la cantidad de disposiciones, que podrían generar por este hecho, un amplio margen de juego interpretativo. Por otro lado, FERRAJOLI hace mención de la inflación penal como causa de la discrecionalidad de los jueces. Eso significa que está tomando la inflación como causa, y la discrecionalidad como su efecto. Pero ello es tomado en el sentido del crecimiento legislativo que hace crecer normas confusas y vagas que generan discrecionalidad, o sea, y según nuestros dichos, que una inflación normativa aumenta las posibilidades de inflaciones jurisprudenciales.

<sup>1615</sup> Como lo que ocurre en Chile, por ejemplo, con la conducta de introducción de dedos o de alguna parte del cuerpo, en relación a las conductas del 365 bis. Ello no sería sino un síntoma del carácter deflacionario del sistema normativo-penal ante la conducta, y una modificación legislativa que tenga por objeto incluirlos expresamente dentro del tipo penal, no podría llamársele inflación penal, ni este aumento estaría en conexión con el autoritarismo político.

Ello porque si bien el matiz (¿pretensión?) del Gobierno de Sebastián Piñera de liberal en su política, lo cierto es que, por encontrar la estructura de gobierno con elementos autoritarios (por ser un gobierno de derecha, por consignar discursos de derecha, por tener representantes de esa ala), se endurece su política en término de transformar la autoridad en autoritarismo, y por consecuencia, el derecho penal, bajo la señalada relación *a autoritarismo político, autoritarismo penal*. Y ello puede ser visualizado en dichos movimientos sociales.

Por “movimiento estudiantil” en Chile, me referiré aquí al que estalla en el año 2011, el cual ya se había iniciado con anterioridad en el 2006 -con el llamado “mochilazo”- y que prosigue con el “movimiento secundario” o de educación secundaria. Para el 2011, éste se centra en las Universidades.

Siguiendo las apreciaciones de RANCIÈRE, el movimiento surge como acciones para tomar los espacios públicos y las instancias diversas que permitan validar ante *la policía* sus demandas, como los que ‘toman parte sin parte’, los excluidos, los del borde de lo político, y lo político como un espacio de desacuerdo, de lucha (MARX, BUSTOS/HORMAZÁBAL) lo que es replicado por los dirigentes estudiantiles y/o sociales de dichos movimientos:

- “Nuestras conclusiones y reflexiones fueron *ignoradas*, fuimos también engañados una y otra vez por *autoridades y partidos tradicionales de la institucionalidad chilena*. Y entonces aprendimos que sólo la *masividad, la solidaridad y la fuerza* de nuestras *acciones* (tomas, paros, cortes de calle, marchas) *obligaría* a los partidos y a las autoridades a asumir la evidencia de la crisis y dar un vuelco en la discusión. No fuimos los únicos *ignorados*, quizás sólo los primeros en *ocupar durante más de siete meses calles, plazas y escuelas*, rompiendo el cerco informativo y permeando las conciencias ciudadanas”<sup>1616</sup> [el resaltado es nuestro] (Eloisa González, Vocera de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios, 2012-2013);
- “Seguidamente buscamos espacios en la institucionalidad política para materializar nuestras exigencias...”<sup>1617</sup> (Camila Vallejos Dowling, Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile, 2011; Vicepresidenta 2012; actual Diputada por Distrito 26 La Florida).
- “...sobredimensionar los efectos de nuestras *acciones* y menospreciar las de *nuestros adversarios* puede llevarnos a fallar al momento de definir las tareas pendientes...”<sup>1618</sup> [el resaltado es nuestro] (Gabriel Boric, Presidente de la Federación de Estudiantes de la Universidad de Chile, 2012; actual Diputado por Distrito 60 Magallanes).

La respuesta para este evento, principalmente fue de ir poco a poco endureciendo el ejercicio de la *lógica policial*, desde los discursos criminalizadores<sup>1619</sup>, hasta llegar al uso del aparato policíaco<sup>1620</sup> y luego al derecho penal estatal, así apreciado por los

<sup>1616</sup> GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, ELOISA, “Un paso desde la demanda sectorial a la solidaridad en la acción”, *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2012, p. 14.

<sup>1617</sup> VALLEJOS DOWLING, CAMILA, “Chile no debe ser el mismo: los desafíos del movimiento social”, *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2012, p. 10.

<sup>1618</sup> BORIC, GABRIEL, “Los horizontes del movimiento estudiantil”, *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2012, p. 32.

<sup>1619</sup> BARTOLETTI, JULIETA; MANGIANTINI, MARTÍN, “El movimiento estudiantil chileno reciente. Algunos elementos para su análisis”, <http://www.mov-estudiantil.com.ar/terceras/20082.pdf>, fecha de visita: 08/04/2014, p. 1-17, p. 7, 10, 14.

dirigentes del movimiento y por las comunicaciones<sup>1621</sup>, y efectivamente producida desde las iniciativas legislativas del gobierno, tales como el ya analizado Proyecto de ley que "Fortalece el resguardo del orden público", o más conocida como "Ley Hinzpeter" o "Ley anti-encapuchados".

Como pudo comprobarse en dicho análisis, lo que hace el art. 269 del proyecto propuesto es producir excedente en el derecho penal, y de todas las formas posibles. Ello, y en primer lugar, porque dichos aumentos no tienen un correlato a nuevas necesidades puestas en conflicto. No existen cambios sociales que produzcan variaciones en el tejido de las relaciones sociales, con lo que dichos aumentos no están apoyados por producción alguna de bienes jurídicos materiales. Existe solo producción normativa. En segundo lugar, y teniendo en consideración lo anterior, cuantitativamente tanto en sede del tipo penal como en la penalidad existe acrecimiento: más conductas típicas, mayor penalidad. En tercer lugar, no limita la punición de la conducta con un elemento subjetivo que proporcione este efecto, como en el actual art. 269. En cuarto lugar, se adelanta la barrera de punición, con lo que el derecho penal ingresa playa adentro de la sociedad civil, acreciendo su esfera de influencia e intervención. Todo esto es finalmente lo que hemos conceptualizado, teorizado y explicado como inflación penal.

Todo lo dicho significa que fuera de entender que en el ideograma la lógica policial aumenta su radio (de su círculo) para empujar hacia el borde a la heterología política, pretende dar una solución penal (Proyecto de Ley visto) para un problema político (conflicto o movimiento estudiantil y/o social).

En esta dialéctica se produce lo siguiente: existe una dinámica en el topos polémico y de desacuerdo, entre la fuerza de la lógica policial (gobierno) que empuja hacia el borde a la heterología política (conflicto estudiantil/social) quien a su vez empuja hacia el centro a aquélla: la primera expande su radio a fin de cubrir el espacio político y ojala, absorber a la segunda, la cual recupera espacio de su área tomada por la primera, y por ello, contrae a la segunda, o bien, detiene su expansión.

### **c. Movimiento sobre la base de la relación a liberalización de la economía, autoritarismo punitivo.**

Para este caso, no es *la lógica policial* en su conjunto lo que crece, sino más bien, círculos específicos dentro de su sistema, tales como el aparato policial y/o el derecho penal, a diferencia de la relación del autoritarismo político, donde todo el círculo de la lógica policial crece más o menos de modo conjunto, como en el ejemplo chileno citado de la dictadura, donde fuera de la penalidad y el aparato policial creció, asimismo la guerra interna aumentó su rango.

En la situación de esta relación, una determinada sección de ésta crece, que generalmente es la penalidad y la actividad del aparato policial, como en el ejemplo del

---

<sup>1621</sup> La Vocera de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios 2012-2013, Eloisa González, señalaba: "Además, quienes tienen el poder han encontrado su punto de consenso a través de la aprobación progresiva de leyes criminalizadas de los movimientos sociales, como la ley anti encapuchados" (GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, ELOISA, "Un paso desde la demanda sectorial a la solidaridad en la acción", p. 15); Vid. "Dirigentes denuncian ante la ONU "criminalización" del movimiento estudiantil", Ginebra, Febrero 2012 (EFE), Diario Digital "El América", <http://elamerica.cl/portal/?p=6927>, fecha de visita: 08/04/2013. "Estudiantes acusan al Gobierno de criminalizar movimiento estudiantil ante votación de Ley Hinzpeter", biobío.cl, <http://www.biobiochile.cl/2013/07/08/estudiantes-acusan-al-gobierno-de-criminalizar-movimiento-estudiantil-ante-votacion-de-ley-hinzpeter.shtml>, fecha de visita: 08/04/2014.



conflicto mapuche ya señalado, y donde además la actividad del aparato recién señalado igualmente aumentó su acción<sup>1622</sup>.

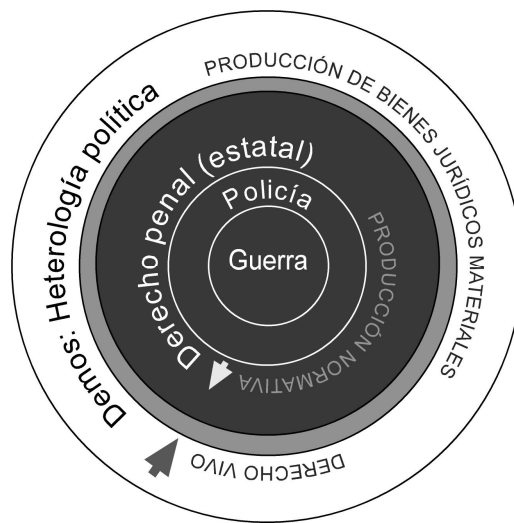
La esfera del ciudadano puede encontrarse liberalizadas en muchos ámbitos, pero la estructura económica neoliberal empuja o condiciona (reproduce desde la infraestructura) la lógica policial restringiendo los espacios de lo político, y consecuentemente disminuye el área de acción de la heterología política. En la globalidad del espacio político, dicho movimiento no es homogéneo y regular, sino que los elementos liberales y autoritarios juegan.

Con lo cual se produce una tendencia hacia el crecimiento del derecho penal en un área mayor, pero sin que *la lógica policial* fuese afectada necesariamente con dicho crecimiento, sino contingentemente: un mayor control de la *lógica policial*, para cautelar los procesos económicos<sup>1623</sup>. Y esto puede tener su correlato en que la actividad del aparato policial es preponderante en la delincuencia callejera y en los delitos contra el patrimonio, pero con una más reducida orientación a la delincuencia económica, y donde la policía juega un rol más disminuido<sup>1624</sup>.

<sup>1622</sup> "Respecto a los pueblos indígenas, existen diversos patrones preocupantes de violencia policial, sobre todo con ocasión del allanamiento de comunidades en la región de la Araucanía que cuentan con orden judicial. Los casos son numerosos y variados, pero pueden citarse aquellos emblemáticos de las mujeres mapuche que fueron agredidas dentro de la comunidad "José Jineo de Rofue". El caso de Jessica Painevilo es sintomático de muchos otros: se le detuvo de manera irracional e ilegal (según fue declarado con posterioridad); presentándose una querrela por el delito de violencia innecesaria con resultado de lesiones, detención ilegal y vejación injusta. Funcionarios de Carabineros detuvieron a la madre y a su hija, de 38 y 20 años respectivamente, dejando abandonados a tres niños de 13, 9 y 2 años, sin tomar ningún tipo de medida para su protección. En un recurso de protección acogido con respecto a este caso, la Corte de Apelaciones de Temuco señaló que "carece de racionalidad golpear a una mujer desarmada, en presencia de niños de corta edad y familiares directos de ella. No obsta a lo censurable del acto que lo anterior tuviere lugar en el contexto del ingreso a un predio —en este caso, de una comunidad mapuche— con el fin de repeler y eventualmente detener a personas que causaban desórdenes en la vía pública". Posteriormente, y debido al impacto mediático de un video que registraba el abuso, el funcionario involucrado fue dado de baja. También es emblemático el caso de la comunidad Wente Winkul Mapu, en que la propia Corte Suprema, conociendo de un recurso de amparo presentado por la DPP, declara que el "rigor desplegado por la policía (...) excedió el marco de lo aceptable, con lo cual afectó derechos y garantías de terceros, que aun oponiéndose inevidentemente, no pudieron ser víctimas de los apremios excesivos que recibieron" (CODDOU, ALBERTO; ROJAS, PATRICIO; AMAT, PABLO, "Violencia Policial", *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2012, pp. 251-283, pp. 281-282).

<sup>1623</sup> Vid. MARX, KARL, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, vol. 1, [trad. Pedro Scaron], Siglo Veintiuno editores, 20 edición, 2007; FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*. En MARX se expresa lo que sigue: "A los economistas burgueses les parece que con la policía moderna la producción funciona mejor que, p. ej., aplicando el derecho del más fuerte" (MARX, op. cit., pp. 7-8). Por su parte FOUCAULT expresa: "La policía de Londres nació de la necesidad de proteger los docks, los almacenes y los depósitos. Esta es la primera razón, mucho más fuerte en Inglaterra que en Francia, de la aparición de una necesidad absoluta de este control" (FOUCAULT, op.cit., p. 50).

<sup>1624</sup> En Chile, esto en gran parte de debe al porcentaje de los delitos contra la propiedad versus los delitos económicos y de corrupción. Para el primer grupo (delitos contra la propiedad) se han seleccionado para el análisis los delitos de hurto simple por un valor de media a 4 UTM, robo en lugar habitado o destinado a la habitación, robo en bienes nacionales de uso público o sitios no destinados a la habitación, hurto, robo en lugar no habitado, robo de vehículo motorizado, receptación, robo con fuerza de cajeros automáticos. Para el segundo grupo (delitos económicos/corrupción) se han seleccionado los delitos de estafas y otras defraudaciones contra particulares, apropiación de cotizaciones provisionales, giro doloso de cheques, otros delitos ley de cuentas corrientes bancarias y cheque, hurto de bienes pertenecientes a redes de suministro público, fraudes al fisco y contra organismos del estado, malversación de caudales públicos, depositario alzado, usura, otras infracciones a la ley del banco central, infracción a la ley mercado de valor, infracción ley de quiebras, insolvencia punible (alzamiento de bienes), alteración fraudulenta de precios, apropiación indebida (incluyendo el de depositario alzado), enriquecimiento ilícito. Así para el año 2013 la cifra total de casos ingresados al Ministerio Público chileno de delitos contra la propiedad es de 383.837, lo que representa en el Universo formado entre ambos aproximadamente un 91%, en cambio para el segundo grupo la cifra es



El efecto que se produce es idéntico al anterior movimiento, esto es, una mayor producción normativa por sobre la producción de bienes jurídicos, con lo cual se produce un desequilibrio inflacionario.

En resumen, lo que produce el aumento de lo penal, es la política económica neoliberal (infraestructura), ya que produciría la tendencia al aumento selectivo en la penalidad y contingentemente en lo policial. Pero ante la existencia de una ideología social-burguesa según y como hemos venido representando, existe un juego de compensaciones y descompensaciones, no necesariamente armónicas, entre una extensión de las libertades políticas por un lado, y la coerción a través de la penalidad y de lo policial.

---

notoriamente inferior, esto es de 32.778 casos que representa un 9% en la cifra total FISCALÍA NACIONAL DE CHILE, *Boletín* 2013, Ministerio Público, 2013).

## CAPITULO VIII: FENÓMENOS ACTUALES DE *ESTÉTICA POLÍTICA* QUE HAN INCIDIDO INFLACIONARIAMENTE EN LA PENALIDAD

### I. NECESIDAD DE UN MODELO QUE ABORDE LA *ESTÉTICA POLÍTICA*.

Según como ya nos fue posible caracterizar la *estética política* en capítulos anteriores, aquélla se cierne en tanto producto de la ingeniería política, y que tiene por objeto la construcción de ciertas realidades politológicas con el fin de la mantención del poder político. Esto es, de algún modo, interferencia en los normales procesos de producción de las relaciones políticas, lo cual es tomar acción en oposición a la heterología política, por lo cual es herramienta exclusiva ya de la lógica policial.

Los fenómenos de *estética política* se encuentran diseminados en los planteamientos o análisis generales, sin cohesión metodológica ni sistemática, siendo tocados en algunos casos por la historia, en otros por la sociología, en otros por la filosofía política, y aún por el periodismo. Por ende, se haría necesario un *topos* si tal vez disciplinar para ella, y también denominacional para compactar metodológicamente su estudio.

Como ellos son fenómenos que afectan la cognición política, es por ello que hemos llamado a su estudio como *epistemología política*, que si bien ha sido usado su nombre, siempre se encuentra como una referencia lateral, o sin contenido conceptual o con un contenido débil por no encontrarse ni desarrollado ni precisado, y además orientado hacia la teoría de las ciencias y no desde la politología, que es como se pretende visualizar aquí<sup>1625</sup>.

Una vez precisado el *corpus* metodológico para dicha *epistemología política*, nos ocuparemos, como es obvio, solo de aquellos fenómenos estéticos que han tenido una repercusión en la penalidad, para describir su decurso inflacionario.

### II. FUNDAMENTACIÓN METODOLÓGICA PARA LA EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA.

#### 1. DE LA CONSTRUCCIÓN DE LA REALIDAD A LA HIPERREALIDAD.

##### a. El fenómeno ilusorio desde la biología del conocimiento

MATURANA y VARELA, desde la “biología del conocimiento”, y por ende, fundamentados en la forma del vivir/conocer como seres biológicos y dependientes de la estructura biológica, nos alertan de un peligro de la cognición que denominan la “tentación de la certidumbre”:

---

<sup>1625</sup> Todos orientados hacia la teoría de las ciencias, y como relación entre la ciencia y la política, y en el proceso de selección en la ciencia como política, cuestión que en todo caso ya había sido abordado por las reflexiones de FEYERABEND y con su “anarquismo epistemológico”, por lo cual no encontramos ni perfectamente atingente para estos usos, ni necesario. Vid. RODRIGUEZ ZOYA, LEONARDO G., “Hacia una epistemología política: la tensión entre ciencia y política en la filosofía de la ciencia del positivismo lógico”, *A Parte Rei*, N°69, Mayo 2010, pp. 1-17. [Disponible online: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/zoya69.pdf>], [fecha de visita: 24/10/2014]; SÁINZ, LUIS IGNACIO, “El imperativo de una epistemología política”, *Tiempo Laberinto*, Abril 2002, pp. 1-9. [Disponible online: <http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2002/sainz.pdf>], [fecha de visita: 24/10/2014]; ARELLANO HERNÁNDEZ, ANTONIO, “Naturaleza y cultura: hacia una epistemología política”, Colección Lucem Aspicio, N° 3, 2013, [Disponible online: <file:///C:/Users/edison/Downloads/coleccion%20la3.pdf>], [fecha de visita: 24/10/2014].

“Nosotros tendemos a vivir en un mundo de certidumbre, de solidez perceptual indisputada, donde nuestras convicciones prueban que las cosas sólo son de la manera que la vemos, y lo que nos parece cierto no puede tener otra alternativa. Es nuestra situación cotidiana, nuestra condición cultural, nuestro modo corriente de ser humanos”<sup>1626</sup>.

Con el fin de adentrarse en el conocimiento instan a “suspender” ese “hábito” de la “tentación de la certidumbre” y comprobar en como “la aparente solidez de nuestro mundo experiencial se hace rápidamente sospechosa cuando la miramos de cerca”<sup>1627</sup>.

Ello se vincula directamente con nuestras percepciones.

“Es posible demostrar –señalan los autores- que debido a que tales estados de actividad neuronal (como en el ver verde) pueden ser gatillados por una variedad de perturbaciones luminosas distintas (como las que hacen posible ver las sombras de colores), es posible correlacionar el nombrar colores con estados de actividad neuronal pero no con longitudes de onda. Qué estados de actividad neuronal son gatillados por las distintas perturbaciones, está determinado en cada persona por su estructura individual y no por las características del agente perturbante”<sup>1628</sup>.

Esto lleva a los autores a basarse en el fenómeno de las ilusiones ópticas, para demostración de la percepción en razón de su construcción biológica.

Para MATURANA la distinción entre ilusión y percepción no es posible en un organismo<sup>1629</sup> “puesto que constitutivamente no hay captación de un objeto externo en el fenómeno perceptual”<sup>1630</sup>, se ve el mundo con el punto ciego del ojo, por ejemplo. A propósito de esto último, MATURANA y VARELA comentan: “la imagen [de los objetos observados que desaparecen de la visión por el “punto ciego”] ...caen en la zona de la retina donde sale el nervio óptico, y por lo tanto, no tiene capacidad sensitiva a la luz (...) Nuestra experiencia visual es de un espacio continuo y, a menos que hagamos estas manipulaciones ingeniosas, no percibimos que de hecho hay una discontinuidad que debería aparecer. Lo fascinante con el experimento del punto ciego es que *no vemos que no vemos* [resaltado de los autores]”<sup>1631</sup>.

Tal discontinuidad es perceptualmente completada –y que es propio de los fenómenos descritos por la *gestalttheorie*-, y solo después que se sabe que se ha caído en el error (“segunda experiencia”); esto es *a posteriori*, se “devalúa la experiencia”<sup>1632</sup> considerándola una ilusión. Solo a través de una experiencia diferente (desde fuera del sujeto que la experimenta), se puede clasificar en las relaciones interpersonales como ilusión.

En la ilusión podría caer tanto el observador como una comunidad de ellos, ya que no existe base operacional para distinguir objeto y elementos como existiendo

---

<sup>1626</sup> MATURANA, HUMBERTO; VARELA, FRANCISCO, *El árbol del conocimiento*, p. 5.

<sup>1627</sup> *Ibíd.*, p. 7.

<sup>1628</sup> *Ibíd.*, p. 10.

<sup>1629</sup> MATURANA, HUMBERTO, *Transformación en la convivencia*, LOM., Santiago de Chile, 2007; MATURANA, HUMBERTO, *La objetividad. Un argumento para olvidar*, 2ª edición, Comunicaciones Noreste, Santiago de Chile, 2007; MATURANA, HUMBERTO, *El sentido de lo humano*, 9ª edición, Comunicaciones Noreste, Santiago de Chile, 2007; MATURANA, HUMBERTO, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 9ª edición, Comunicaciones Noreste, Santiago de Chile, 2007.

<sup>1630</sup> MATURANA, HUMBERTO; MPODOZIS, JORGE, “Percepción: configuración conductual del objeto”, MATURANA, HUMBERTO, *Desde la biología a la psicología*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2006, pp. 60-68, p. 65.

<sup>1631</sup> MATURANA, HUMBERTO; VARELA, FRANCISCO, *El árbol del conocimiento*, p. 8.

<sup>1632</sup> MATURANA, HUMBERTO, *La objetividad. Un argumento para olvidar*, p. 23.

independientemente de lo que ellos hacen<sup>1633</sup>. Por lo demás, dicha comunidad si bien es de seres biológicos, lo es de seres sociales igualmente, ya que no existe diferencia al hablar del ser humano como ser biológico y como ser social. “No hay una discontinuidad entre lo social y humano y sus raíces biológicas. El fenómeno del conocer es todo de una sola pieza, y en todos sus ámbitos está fundado de la misma manera”<sup>1634</sup>.

#### **b. La inversión de la realidad**

Para MARX en general, las relaciones sociales en el mundo burgués, en el sistema del capital, se encuentran “invertidas”, y por ende, no son vistas de modo directo, a diferencia del feudalismo, donde por la existencia de las relaciones de dependencia entre amos y vasallos, “los trabajos y productos no necesitan adoptar una imagen fantástica, distinta de su realidad (...) sin disfrazarse en relaciones sociales entre las cosas”<sup>1635</sup>.

Es así como en la sociedad del capital, la forma del dinero, “es la que encubre el carácter social de los trabajos privados y, por tanto, las relaciones sociales entre los productores privados”<sup>1636</sup>. La fuerza de trabajo que se efectúa para elaborar las mercancías es vendida del mismo modo que en la sociedad esclavista, aunque en esta última la venta se produce de manera “abierta y franca (...) sin dar pie a ilusiones”<sup>1637</sup>, atribuyendo al capital el ser una fuente mística de autovaloración independiente de su proceso de producción y, por tanto, de la explotación del trabajo”<sup>1638</sup>.

“La idea básica –interpreta Villalobos– es que la realidad suele manifestarse a la conciencia espontánea del actor-observador bajo una forma distorsionada o invertida. El conocimiento científico sería aquél encargado de trascender el plano de las apariencias, la forma ‘externa’ o ‘superficial’ del fenómeno, para captar su ‘esencia’ o ‘mecanismo interno’”<sup>1639</sup>.

VILLALOBOS señala que el sistema capitalista de producción es un resultado histórico y material de la actividad humana, y que el funcionamiento real de dicho sistema de producción, es invertido y reflejado de modo aparente, generando una ilusión de ser un orden natural y eterno, autónomo e independiente del accionar humano, siendo despojado por los economistas “vulgares”, de su carácter histórico.

MARX propone un breve ejemplo de la ciencia natural, pero que VILLALOBOS utiliza de forma muy extendida en el texto –cuestión que se agradece–, a efectos de ilustrar este efecto, y la crítica dentro de este contexto.

El conocimiento vulgar percibe que es el Sol quien gira alrededor de la Tierra, por la salida y la puesta de aquel después de ser visto en su media circunvalación atmosférica. Sin embargo, el conocimiento científico señala como es la Tierra quien gira alrededor del Sol. Sabido esto, ambos conocimientos coexisten en el sujeto, tanto el

---

<sup>1633</sup> Ídem.

<sup>1634</sup> MATURANA, HUMBERTO; VARELA, FRANCISCO, *El árbol del conocimiento*, p. 14.

<sup>1635</sup> MARX, CARLOS, *El Capital*, Tomo I, [Trad. CRISTIAN FAZIO], LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010, pp. 89-90.

<sup>1636</sup> *Ibid.*, p. 88.

<sup>1637</sup> *Ibid.*, p. 538.

<sup>1638</sup> MARX, CARLOS, *El Capital*, Tomo II, [trad. WENCESLAO ROCES] reimpresión 2010 edición 1959, Fondo de cultura económica, México D.F., 2010, p. 111.

<sup>1639</sup> VILLALOBOS KIRMAYR, MARIO, *Ciencia social como crítica social. La revolución epistemológica de Karl Marx*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010, p. 71.

vulgar, por lo que sigue viendo que el Sol sale y se pone en efecto circunvalatorio, y el científico, el cual sabe que detrás de esa apariencia se encuentra la realidad, que es lo contrario a lo que ingenuamente ve. Tratándose del sistema capital de producción en cuanto objeto, es percibido por los hombres en su dimensión fetichizada y natural, con lo que no pueden escapar a percibirlo de esta forma, ya que “la apariencia es inseparable de la cosa”<sup>1640</sup>, por su conocimiento vulgar.

De ser así, se produce, por un lado, una *visión ptolomeica*, que correspondería a lo evidente, a un realismo ingenuo; por el otra, una *visión copernicana*, que en una primera instancia desconfía de los sentidos, para buscar en la investigación la respuesta sobre la ‘realidad’. Éste podría ser, un realismo científico<sup>1641</sup>.

### c. Construccinismo social: de BERGER y LUCKMANN a GERGEN

“La realidad se construye socialmente”<sup>1642</sup>. Ésta es prácticamente la primera premisa y más importante que plantean BERGER y LUCKMANN para su tesis sobre su visión acerca de la sociología del conocimiento, transversal a su pensamiento, y que determina finalmente lo que es la sociología del conocimiento para estos autores, como aquella que “se ocupa del análisis de la construcción social de la realidad”<sup>1643</sup>.

Ciertos conceptos son estimados claves para determinar su pensamiento, tales como realidad y conocimiento. El primero (realidad), para los autores, es una “cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición (no podemos hacerlos “desaparecer”); y “conocimiento” “como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas”<sup>1644</sup>.

Dicho conocimiento y realidad se mueven no en el espacio de lo científico, sino más bien en la cotidianeidad: “El hombre de la calle vive en un mundo que para él es “real”, aunque en grados diferentes, y “sabe”, con diferentes grados de certeza, que este mundo posee tales o cuales características”<sup>1645</sup>.

Lo que indaga el sociólogo, no es el concepto filosófico de dichos conceptos, sino su significado social. Para el caso de la realidad, el cómo la realidad ha sido establecida para una sociedad y para otra no (proceso de construcción de realidad social), cómo se conserva dicha realidad y cómo desaparece en algunos casos, ya que lo que es real y lo que es considerado conocimiento, depende de qué es lo que entiende unas sociedades determinadas en relación a otras, lo cual relativiza el concepto y hace que dichos conceptos pertenezcan “a contextos sociales específicos y que estas relaciones tendrán que incluirse en el análisis sociológico adecuado de dichos contextos”<sup>1646</sup>. Y para el caso

---

<sup>1640</sup> Ibid., p. 74.

<sup>1641</sup> NIETZSCHE, nos indica igualmente una inversión de la realidad. En pasaje bien decidor de lo expresado, el filósofo declara: “En cualquier tema que trata la influencia teológica –señala NIETZSCHE-, las evaluaciones están *trastornadas*, los conceptos de lo verdadero y lo falso están necesariamente *invertidos*; verdadero es, en este caso, lo más dañoso para la vida; lo que eleva, la realza, la justifica y la hace triunfar, es falso” (NIETZSCHE, FRIEDRICH, *El anticristo* [trad. ENRIQUE EIDELSTEIN], Ediciones Brontes, Barcelona (España), 2011, p. 28). Los términos “invertido” (*umgekehrt*), y “trastornado” (*auf den Kopf*) [en otras traducciones al español “cabeza abajo”], no dejan de ser curiosos, y nos recuerda al mundo invertido marxiano y aquello que puesto de cabeza hay que ponerlo de pie. Asociado a ello se encuentran los términos “psicología imaginaria”<sup>1641</sup>, “ficción” (*Fiktions*) o “fuerza de la ilusión” (*illusorische Kraft*).

<sup>1642</sup> BERGER, PETER; LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*, [trad. SILVIA ZULETA], Amorrortu Editores, 2001, Buenos Aires.

<sup>1643</sup> Ibid., p. 15.

<sup>1644</sup> Ibid., p. 13.

<sup>1645</sup> Ídem.

<sup>1646</sup> Ibid., p. 15, p. 36.

del conocimiento, no es éste el teórico o pre-teórico, sino más bien el conocimiento que tiene cualquier persona, lo cual es afirmado incluso que cuando se habla de sociología del conocimiento, por éste último se está refiriendo al “sentido común” más que las ideas<sup>1647</sup>.

Existen ciertos presupuestos para los autores para entender su concepción, a saber:

- La conciencia es intencional, es decir, se dirige hacia objetos.
- La realidad se revela en diversas “capas de experiencia” y como realidades múltiples (sueño, recuerdos, vida cotidiana).
- La conciencia se mueve (entra y sale) entre todos ellos.
- La realidad cotidiana es entendida como la “suprema realidad” por sobre las otras (sueño, recuerdos, etc.)
- La realidad se presenta como independiente del sujeto.
- La realidad se presenta ya objetivada, es decir, con objetos puestos en escena anteriores a la entrada del sujeto en la misma.
- El lenguaje es esencial porque representa las coordenadas y le da significado a los objetos de la realidad.
- Se tiene conciencia que el mundo es real como lo es para otros.
- Se tiene conciencia de estar en el mundo.
- El estar en el mundo significa aceptar las objetivaciones que ya están y además el estar de otros.
- El sentido común es lo que se comparte con los otros en las “rutinas normales y autoevidentes” de la vida cotidiana<sup>1648</sup>.
- La realidad determina mi relación con otros, a través de las tipificaciones que el sujeto hace de otro (blanco, negro, inglés, mujer, hombre) y las pautas de interacción recurrente establecidas (como formas sociales de relacionarse). La suma de esto conforma la “estructura social”<sup>1649</sup>.

Ahora bien y para los autores, la regla general es que la realidad cotidiana no es problemática, y excepcionalmente lo es cuando algo entra en conflicto con las rutinas normales. “Cuando esto ocurre, -expresan los autores- la realidad de la vida cotidiana busca integrar el sector problemático dentro de lo que ya es no problemático”<sup>1650</sup>. Si primero debe encararse el problema, y si es insuperable, se entiende como una realidad distinta, en un mundo alejado de la vida cotidiana<sup>1651</sup>. “Podría decirse –siguen los autores- que la suprema realidad [a otras realidades (sueño, recuerdos)] las envuelve por todos lados, y la conciencia regresa a ella siempre como si volviera de un paseo”<sup>1652</sup>.

Existe en los autores el pensamiento de que ciertas cuestiones sociales son construidas (como la sexualidad) y que se participa de ellas por ser un ser social, con lo que la realidad social incluso prima sobre lo biológico: “la apertura al mundo, en tanto es intrínseca a la construcción biológica del hombre, está siempre precedida por el orden social”<sup>1653</sup>.

---

<sup>1647</sup> *Ibíd.*, p. 31.

<sup>1648</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>1649</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>1650</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>1651</sup> *Ibíd.*, pp. 42-43.

<sup>1652</sup> *Ibíd.*, p. 43.

<sup>1653</sup> *Ibíd.*, p. 72.

De ahí que lleguen a postular que el orden social es un producto humano. “La sociedad es un producto humano. La sociedad es una realidad objetiva. El hombre es un producto social”<sup>1654</sup>.

Para los autores, la objetivación hace posible la realidad social. Existe objetivación cuando un objeto expresa la subjetividad de alguien (un cuchillo clavado en la pared = la ira de un asesino). También existe, en la producción humana de signos, que los entienden como “intención explícita de servir como indicio de significados subjetivos”<sup>1655</sup>, (como pintar una cruz negra sobre la puerta como signo de enemistad con otro), siendo la más importante el lenguaje. Con él se permite el “acopio social de conocimiento” que es la acumulación de la serie de “tipificaciones” sociales<sup>1656</sup>, las cuales, en primer lugar, rotulan la experiencia (‘este es un sujeto inglés, por ende, será puntual’); segundo, se rutinizan que es lo que llaman los autores la “habitualización”<sup>1657</sup>, por lo que así, “esas experiencias [humanas] quedan estereotipadas en el recuerdo como entidades reconocibles y memorables”<sup>1658</sup>, y la sedimentación es social cuando se hace objetivable en un “cualquier sistema de signos”<sup>1659</sup>. A este proceso los autores denominan como “sedimentación”.

Podemos además desprender de la palabra de los autores, algunos fenómenos interesantes en relación este acervo de signos que se produce por sedimentación, y que de algún modo graficarían el proceso por el cual se construye una realidad social, a partir de la sedimentación. Estos, inferimos, habrían de ser, la ruptura con el origen, la transmisión y la legitimación.

En efecto, los autores plantean dos fenómenos como el anonimato y la invención del origen.

En cuanto al primero señalan los autores: “Un sistema de signos objetivamente accesible otorga un status de *anonimato* incipiente a las experiencias sedimentadas al separarlas de su contexto originario de biografías individuales concretas y volverlas accesibles en general a todos los que comparten, o pueden compartir en lo futuro, el sistema de signos en cuestión. De esta manera las experiencias se vuelven transmisibles con facilidad”<sup>1660</sup>.

Respecto de la invención del origen BERGER y LUCKMANN señalan:

“Dado que el origen real de las sedimentaciones ha perdido importancia, la tradición podría inventar un origen muy diferente sin que ello significase una amenaza para lo ya objetivado. En otras palabras, las legitimaciones pueden sucederse unas a otras, otorgando de tanto en tanto nuevos significados a las experiencias sedimentadas de esa colectividad. La historia pasada de la sociedad puede volver a interpretarse sin que eso implique como consecuencia necesaria subvertir el orden institucional”<sup>1661</sup>.

Los fenómenos de transmisión y legitimación de una realidad social, se encuentran relacionados, puesto que toda transmisión de significados institucionales entraña, “procedimientos de control y legitimación, anexos a las instituciones mismas y administrados por el personal transmisor”<sup>1662</sup>.

---

<sup>1654</sup> *Ibíd.*, p. 84.

<sup>1655</sup> *Ibíd.*, p. 54.

<sup>1656</sup> *Ibíd.*, pp. 59-62.

<sup>1657</sup> *Ibíd.*, pp. 75-79.

<sup>1658</sup> *Ibíd.*, p. 91.

<sup>1659</sup> *Ibíd.*, p. 91.

<sup>1660</sup> *Ibíd.*, p. 91.

<sup>1661</sup> *Ibíd.*, p. 93.

<sup>1662</sup> *Ibíd.*, p. 95.



Dicha transmisión de los significados sedimentados se produce generalmente a través de procesos educativos, y con ello no se refieren necesariamente a la educación formal, sino a todo proceso de formación sea formal e informal. “Por lo tanto –sentencian los autores-, los actores potenciales de acciones institucionalizadas deben enterarse sistemáticamente de estos significados, lo cual requiere una cierta forma de proceso “educativo”. Los significados institucionales deben grabarse poderosa e indeleblemente en la conciencia del individuo”<sup>1663</sup>.

Por su parte, “la legitimación “explica” el orden institucional atribuyendo validez cognoscitiva a sus significados objetivados”<sup>1664</sup>. Distingue niveles de legitimación, siendo el primero, el de un vocabulario común; luego, el segundo nivel contiene proposiciones teóricas rudimentarias, como sentencias morales o proverbios; el tercer nivel de legitimación son teorías explícitas por las que un sector institucional se legitima; el cuarto nivel, son los universos simbólicos, por ejemplo, actos contra la divinidad. Es quien asigna orden, norma y jerarquía.

“El universo simbólico –explican BERGER y LUCKMANN- proporciona una amplia integración de todos los procesos institucionales aislados. Ahora la sociedad entera adquiere sentido. Las instituciones y los “roles”<sup>1665</sup> particulares se legitiman al ubicárselos en un mundo ampliamente significativo. Por ejemplo, el orden político se legitima por referencia a un orden cósmico de poder y justicia, y los “roles” políticos se legitiman como representaciones de estos principios cósmicos. La institución de la realeza divina en las civilizaciones arcaicas aporta una muestra excelente de la manera en que opera esta clase de legitimación definitiva. Sin embargo, importa observar que el orden institucional, al igual que el de la biografía individual, está continuamente amenazado por la presencia de realidades que no tienen sentido en sus términos. La legitimación del orden institucional también se ve ante la necesidad continua de poner una valla al caos. Toda la realidad social es precaria; todas las sociedades son construcciones que enfrentan el caos. La constante posibilidad del terror anómico se actualiza cada vez que las legitimaciones que oscurecen la precariedad están amenazadas o se desploman. El temor que acompaña a la muerte de un rey, especialmente si acaece con violencia repentina, expresa este terror. Por encima y más allá de las emociones de pesar o de las preocupaciones políticas pragmáticas, la muerte de un rey en tales circunstancias trae el terror del caos a una cercanía consciente. La reacción popular ante el asesinato del presidente Kennedy es un ejemplo poderoso. Puede comprenderse fácilmente por qué a los acontecimientos de esa índole tienen que sucederles inmediatamente las más solemnes reafirmaciones sobre la realidad continuada de los símbolos protectores”<sup>1666</sup>.

GERGEN, por su parte, tiene como base este presupuesto y lo complementa con su propia visión.

Es así como su punto de partida es la crítica a las posturas sobre el conocimiento que el autor realiza a las que llama tradiciones “exógenas” y “endógenas”, caracterizando a la primera como la dualidad entre objeto y sujeto, predominando el objeto; y la segunda, donde primaría el sujeto y la interioridad. Se aleja por tanto de las tesis objetivistas y del constructivismo.

---

<sup>1663</sup> *Ibíd.*, p. 93.

<sup>1664</sup> *Ibíd.*, p. 122.

<sup>1665</sup> Los roles son importantes dentro de esta construcción, por que es desde los roles en que los individuos participan en el mundo social. “Los “roles” representan el orden institucional” (*Ibíd.*, p. 99).

<sup>1666</sup> *Ibíd.*, pp. 133-134.

“El construccionismo social –declara GERGEN- ni es dualista ni monista (...) Para los construccionistas, los conceptos con los que se denominan tanto el mundo como la mente son constitutivos de las prácticas discursivas, están integrados en el lenguaje y, por consiguiente, están socialmente impugnados y sujetos a negociación (...) El construccionismo social, en cambio, remite las fuentes de la acción humana a las relaciones, y la comprensión misma del «funcionamiento individual» queda remitida al intercambio comunitario”<sup>1667</sup>.

Con lo cual hay una preeminencia de la pragmática social y del lenguaje como “uso social”<sup>1668</sup>. Este lenguaje social es una consecuencia de la coordinación relacional y el lenguaje nos hace inteligibles<sup>1669</sup>. El significado de algo se logra a través de las acciones complementarias de los sujetos. “Encontramos que un individuo aislado –señala GERGEN- nunca puede «significar»; se exige otro que complemente la acción y darle así una función en la relación”.

Para el autor, para hablar de construccionismo social se debe tener en consideración algunas cosas:

- Los discursos, descripciones, explicaciones e incluso el lenguaje, en cuanto éstos ni se derivan de mundo tal cual es ni de la genética del individuo, sino que son “resultado de la coordinación humana de la acción” y como resultado de la acción conjunta<sup>1670</sup>.
- Los fenómenos a los cuales se refieren con las descripciones pueden cambiar, sin que cambie la descripción.
- Los modos del lenguaje son “integrantes de pautas de relación”<sup>1671</sup>.
- El significado social deriva de los intercambios microsociales.

GERGEN estudia el fraude, es decir como reconocer una mentira, si la realidad social es construida y si el concepto de verdad objetiva es problemática. “Para que el fraude se produzca, tiene que haber primero múltiples núcleos que posean exposiciones discrepantes de la realidad y, en segundo lugar, la posibilidad de una participación simultánea en múltiples núcleos”<sup>1672</sup>. Es dentro de este presupuesto que el autor analiza el escándalo de “Irán Contrás”, según el cual, existen diversos “núcleo inteligible” según cada relación, y por ello, dado a la multiplicidad de núcleos es posible extraer diversas “laminaciones de la realidad política”<sup>1673</sup>. En efecto, entre dos sujetos se da un “núcleo inteligible”, y no es posible extraer “laminaciones”. El Presidente tiene una relación con sus asesores puerta cerrada, y otra con la prensa, y ésta a su vez con el público. El fraude podrá darse en todas estas “laminaciones”, por ejemplo, cuando lo que se debate en secreto con los asesores es diferente a lo declarado en prensa, lo cual puede dar origen que lo que públicamente se condena, en privado se condona. Y a su vez la prensa que lo obtenido para comunicar, pueden distorsionar lo comunicado defraudando, por ejemplo, con expectativas de vender más.

El autor, para mejor ilustración, describe:

---

<sup>1667</sup> GERGEN, KENNETH J, *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, [trad. MELER ORTÍ, FERRAN], Paidós, Barcelona, 1996, p. 61.

<sup>1668</sup> *Ibíd.*, p. 76.

<sup>1669</sup> *Ibíd.*, p. 222.

<sup>1670</sup> *Ibíd.*, p. 45.

<sup>1671</sup> *Ibíd.*, p. 49.

<sup>1672</sup> *Ibíd.*, p. 242.

<sup>1673</sup> *Ibíd.*, p. 246.

“Los miembros del gabinete, por ejemplo, todos presiden personalmente organizaciones notables: el Departamento de Estado, el Departamento de Defensa, y así sucesivamente. Un miembro crítico del equipo de la Casa Blanca es el asesor en Seguridad Nacional. A su vez, el asesor de Seguridad Nacional encabeza una amplia organización (que creció constantemente durante los años de gobierno de Reagan), cuyos miembros no se reunían ni con el equipo presidencial ni con el presidente. De hecho, el consejero de Seguridad Nacional está simultáneamente comprometido al menos con dos núcleos relacionales, en los que se hacen posibles al menos dos realidades enfrentadas. En este punto la posibilidad de fraude en el ámbito ejecutivo se acrecienta aún más, ya que la ontología que se genera en el seno del Consejo de Seguridad Nacional difiere de la que se genera en el equipo de la Casa Blanca, que de nuevo puede diferir del que se genera en la relación del equipo con el presidente y, a su vez, la relación del presidente con la prensa (...) Esta multiplicidad de interdependencias exagera grandemente el potencial de fraude, porque cada miembro de cada núcleo puede renegar potencialmente de la realidad de ese núcleo en sus relaciones alternativas. Aquello que es negociablemente «real» y sensible en una relación puede que sea reformulado en un sistema de realidad alternativo para parecersimplista, ingenuo, equivocado, inmoral o incluso traidor. En cualquier relación dada sólo hay «sentido común»; el mundo se construye de modo que parezca apropiado y correcto. Sin embargo, una vez que estarealidad se transpone en contextos alternativos de comprensión, predomina el potencial de «fraude»”<sup>1674</sup>.

Así existe una multiplicidad de significados para distintas laminaciones, pero bajo una realidad específica.

#### **d. Simulacro e hiperrealidad en BAUDRILLARD**

Para BAUDRILLARD, estamos en presencia de la “era de los simulacros”<sup>1675</sup>. El simulacro consiste en que los signos ya no dicen nada de algo tras el signo, como un significado, no son objeto de disimulación de algo, cuestión radical en el concepto de ideología marxiano y que respondería más bien a una “teología de la verdad y del secreto”<sup>1676</sup>, sino que al contrario, disimulan nada. Ello porque justamente, ésta es la diferencia entre disimulación y simulación; mientras en la primera, se finge “no tener lo que se tiene”, el simular supone “fingir lo que no se tiene”, por lo que la disimulación remite a una presencia, en cambio la simulación a una ausencia<sup>1677</sup>.

Es la era de la producción de signos antes que mercancías<sup>1678</sup>, y la producción de modelos, de algo real sin origen ni realidad, como un mapa que deja de significar una tierra, sino que el mapa es su propio significado en sí mismo: lo hiperreal<sup>1679</sup>. “Vivimos en un mundo en el que la más elevada función del signo –señala el autor- es hacer desaparecer la realidad, y enmascarar al mismo tiempo esa desaparición”<sup>1680</sup>.

<sup>1674</sup> *Ibíd.*, pp. 247-248.

<sup>1675</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *El sistema de los objetos*, p. 7, p. 14.

<sup>1676</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>1677</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *Cultura y simulacro*, [trad. PEDRO ROVIRA], Editorial Kairós, Barcelona, 1978, p. 5.

<sup>1678</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *El sistema de los objetos*, p. 49.

<sup>1679</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *Cultura y simulacro*, p. 5.

<sup>1680</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *El crimen perfecto*, [trad. Ministerio francés de la Cultura y la Comunicación], Editorial Anagrama, Barcelona, 2000, p. 8.

BAUDRILLARD elogia la ilusión por sobre la realidad, pero contrapone ilusión con simulación:

“En la apariencia, las cosas son tal como se ofrecen. Aparecen y desaparecen sin dejar traslucir nada. Se despliegan sin preocuparse por su ser, y ni siquiera por su existencia. Hacen señales, pero no se dejan descifrar. En la simulación, por el contrario, en ese gigantesco dispositivo de sentido, de cálculo y de eficiencia que engloba todos nuestros artificios técnicos incluyendo la actual realidad virtual, se ha perdido la ilusión del signo en favor de su operación. La indiferenciación afortunada de lo verdadero y lo falso, de lo real y lo irreal, cede ante el simulacro, que, en cambio, consagra la indiferenciación desafortunada de lo verdadero y lo falso, de lo real y sus signos, el destino desafortunado, necesariamente desafortunado, del sentido en nuestra cultura”<sup>1681</sup>.

En lo “hiperreal” lo real desaparece por su exceso<sup>1682</sup>. “Lo real no se borra en favor de lo imaginario, se borra en favor de lo más real que lo real: lo hiperreal. Más verdadero que lo verdadero: como la simulación”<sup>1683</sup>. Lo hiperreal lo hace equiparándose en algunos casos a la ilusión<sup>1684</sup>. “Existe —expresa BAUDRILLARD— algo más fuerte que la pasión: la ilusión. Existe algo más fuerte que el sexo o la felicidad: la pasión de la ilusión”<sup>1685</sup>. En este panorama, la ideología constituirá una malversación de la realidad mediante los signos, e imposibilitado de descubrir lo objetivo, ya que restituir la verdad bajo la simulación es un falso problema<sup>1686</sup>.

## 2. EL USO DE LA CRÍTICA EN UN CONTEXTO DE EPISTEMOLOGIA POLÍTICA COMO MÉTODO DE TRABAJO.

Independientemente de las consecuencias epistemológicas de la construcción de la llamada “teoría de la objetividad entre paréntesis” de MATURANA/VARELA y de sus críticas<sup>1687</sup>, no puede desconocerse el argumento de la diferenciación entre ilusión y percepción y la indistinguibilidad entre una y otra desde la posición del sujeto. Lo que significa es que ya desde nuestra construcción biológica, no es posible distinguir cuándo quedamos atrapados en una ilusión, salvo que esa experiencia sea devaluada, y ello

---

<sup>1681</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>1682</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *La ilusión vital*, [trad. ALBERTO JIMÉNEZ RIOJA], Siglo XXI, Buenos Aires, 2002, p. 56.

<sup>1683</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *Las estrategias fatales*, [trad. JOAQUÍN JORDÁ], Editorial Anagrama, Barcelona, 2000, p. 8.

<sup>1684</sup> *Ibíd.*, p. 61.

<sup>1685</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *El crimen perfecto*, p. 8.

<sup>1686</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *El sistema de los objetos*, p. 53. Es cierto que la existencia de simulacros es creciente y constante en la sociedad actual, y que la producción de signos es evidente. Sin embargo, el reino del significante no implica necesariamente que los significados desaparezcan del espectro. Es más, el simulacro en su origen histórico se adopta para la expresión de significados, y si bien existen simulacros donde la producción de signos es la única realidad posible, no implica que todo fenómeno haya de reducirse a simulacro. De hecho, no hay mejor cosa para ocultar significados hoy, que en la idea que el simulacro no responde a realidad ni origen alguno. El simulacro es una de las formas perfeccionadas del sistema del capital para ocultar de mejor forma sus contradicciones, conseguir que no se pueda decodificar el significado tras una realidad invertida, donde existe el rudimento o la pista de su interpretación, sino más bien eliminar toda evidencia, y sustituir un mecanismo de modelos sin significado más que en sí mismos. La perfección del simulacro, perfecciona el ocultamiento de los significados. De hecho más que la era de los simulacros (que siempre han existido), es más bien el tiempo de la proliferación de simulacros y de su perfeccionamiento.

<sup>1687</sup> OTAÍZA MORALES, MAURICIO, “Crítica a la fenomenología del conocimiento de Humberto Maturana”, *Revista Philosophica*, Vol. 32, Semestre II, Valparaíso, 2007, pp. 49-62. [Disponible on line: <http://www.philosophica.ucv.cl/Phil%2032%20-%20art%2004.pdf>], [fecha de vista: 23/10/2014].

ocurre, de dos formas: a) la segunda experiencia, esto es, la experiencia *ex post*; b) la “experiencia diferente”, que ha de referirse a un observador desde fuera, como quien sabe que el insecto es en realidad un anzuelo<sup>1688</sup>. En estricto rigor y para el sujeto, siempre será una experiencia *ex post* la devaluación, porque en el segundo caso el sujeto toma conocimiento de la ilusión por otro sujeto desde fuera, cosa que siempre ha de ser *ex post*, solo que en la primera devaluación es el mismo sujeto sin intervención de un observador quien distingue, mientras que en el segundo caso la devaluación proviene de la información que el observador efectúa al otro atrapado en la ilusión.

De esto tendremos una consecuencia importante, y esta es, que como seres biológicos podemos estar atrapados en una ilusión sin saberlo, por ende, las posibilidades que por construcción biológica, estemos en la certeza, no puede *a priori* determinarse sin antes *evaluar* la experiencia para determinar si ésta está *avaluada* (justipreciada) o *sobreavaluada*, caso este último que requeriría entonces feedback en una *reevaluación* obvia por la experiencia *ex post*.

Ahora, dicha evaluación se hace más necesaria, cuando nos enfrentamos al fenómeno social.

En primer lugar, ya la crítica nos advierte de cómo socialmente existen inversiones de la realidad, ya que las relaciones sociales en un sistema capitalista se da en un contexto de relaciones sociales invertidas, por lo que ya la base desde lo social interfiere con los procesos de cognición para contemplar o percibir la realidad desnuda.

En segundo lugar, el construccionismo social puede por una parte explicar el que la realidad puede ser construida socialmente, lo que sitúa al construccionismo social, metodológicamente hablando, en descriptivo y explicativo en un prisma particular de realidad.

Pero también puede constituirse en una herramienta de una crítica como método, si observamos qué clase de construcción se ha facturado para producir una realidad social determinada, lo que implicaría *evaluar* la realidad social que vemos, y en cómo ella ha podido ser, en último caso, construida, es decir, la forma de su elaboración.

Esto supone ser activo en la observación de la realidad, lo cual nos devuelve a la crítica nuevamente y por fortuna.

Esto llevaría, por ejemplo, a evaluar los procesos de construcción de dicha realidad, ya que si es posible determinar un proceso de construcción social ‘normal’ o ‘corriente’, tal vez es posible la determinaciones de procesos de esta clase que no proceden según este estándar, y que vendrían a constituir procesos irregulares o anormales de construcción. Y esto no puede soslayarse desde que muchas veces, no hay generación de realidad social desde las relaciones sociales entre seres humanos concretos, sino más bien, en interferencia, inversión y perversión de aquéllas, cosa que fácticamente es posible si se tiene el poder para producir una realidad, tal y como BERGER y LUCKMANN advierten: “El poder en la sociedad incluye el poder de determinar procesos decisivos de socialización y, por lo tanto, el poder de producir la realidad”<sup>1689</sup>. ¿Cómo se ha producido una construcción social? ¿Hay en ella procesos normales de construcción? ¿Quién tuvo el poder para construir una realidad? Son preguntas que la crítica, en este caso, debiera asumir, y que en el estudio en cuestión, se tratan de asumir.

Y BAUDRILLARD nos conduce a otras conclusiones, tales como que los significantes se desentienden de los hechos. Lo importante es que los símbolos signifiquen por sí mismo algo, para que a través de ellos se hable, sin que exista importancia de la realidad.

---

<sup>1688</sup> MATURANA, HUMBERTO, *La objetividad. Un argumento para olvidar*, p. 23.

<sup>1689</sup> BERGER, PETER; LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*, p. 152.

Sin embargo, no es esta idea la que consideramos aquí, sino más bien ver la hiperrealidad como algo que siendo una construcción social. La simulación, a fin de cuentas, responde a una construcción social, qué duda cabe, pero ya como una microrealidad que a su vez exagera dicha construcción, de tal modo que separa su referente de los significados que socialmente se producen para coordinar acciones que coherencien con los símbolos, pero no con los hechos. Sobre la construcción social, se encuentra otra que intenta replicarla artificialmente. El simulacro produce una clase de ilusión, en el sistema de BRAUDILLARD, no es el origen de todas las ilusiones, ya que no sanciona negativamente la ilusión en general, sino el simulacro, la cual es obstáculo de la cultura. Esta es finalmente la ilusión que consideramos como construcción social, de aquellas ilusiones que son un obstáculo para la liberación del hombre.

Observar una sociedad y en su construcción social desde la crítica en cuanto método, requiere de poder determinar ciertos procesos que operan normalmente, lo que implica revisar las conexiones e intercambios de información humana y de coordinaciones que se producen entre los seres sociales, y qué cosas se desvían de ese sentido, de ese ámbito de coherencias, y danza de coordinaciones (para usar la idea de MATURANA): identificando la clase de baile podremos evaluar cuando se hacen pasos equivocados. Pero la construcción social no supone desviar la atención sobre qué fenómenos son base de la construcción social. La aserción de GERGEN de que el construccionismo es “ontológicamente mudo”, nos merece reparos, puesto que al ejemplificar dicha aserción el autor, recurre al ejemplo de la explosión por encendido de un cerillo, que esto da origen a múltiples formas describir el mismo “estado de cosas”, sea por un químico, un artista, un chamán, puesto que “la adecuación de cualquier palabra o disposición de palabras para «captar la realidad tal como es» es una cuestión de convención social”<sup>1690</sup>. Concordamos en el hecho de la convención social del lenguaje, pero aún descrito de distintas formas ese “estado de cosas”, es un “estado de cosas”, que si bien las distintas formas de describirlo existe en el discurso, sigue siendo un “estado de cosas”<sup>1691</sup>. Y por ello es necesaria la elocuente distinción, si no se quiere caer en absurdos, que solicita FERRARI, en objeto que son socialmente contruidos, a diferencia de otros que no lo son, como los objetos naturales, para determinar dónde podría operar el construccionismo y dónde no<sup>1692</sup>.

Pero además, la relación entre la crítica y la ideología tiene un presupuesto de base que es el que existe al menos una “realidad” social pero distorsionada, por la cual no es posible ver la realidad desnuda. Una construcción social, bajo esta visión, puede ser una construcción ideológica, y desde ese punto en grados, hasta el extremo de ser pura simulación. Es por ello que el construccionismo social aquí, es concebido más bien desde una óptica crítica, entendiendo que estos procesos se producen y que es posible evaluar la experiencia de realidad en ellos, pero no en el entendido de, finalmente, decir un adiós a la verdad que es idea de la postura de la “posmodernidad”. “Decir adiós a la verdad – expresa FERRARI- no es sólo un regalo sin más que se hace al “Poder”, sino, sobre todo,

<sup>1690</sup> GERGEN, KENNETH J, *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, p. 65.

<sup>1691</sup> Esto lo señala de un modo ejemplificativo, y cercano al ejemplo de GERGEN, FERRARIS, al señalar: “Un creyente, un agnóstico o el indio del Mato Grosso perteneciente a una tribu que ha permanecido en el Neolítico, si hipotéticamente se encontrasen frente la Síndone (sábana), verían el mismo objeto natural. Después, el creyente creerá ver el Sudario de Cristo, y el agnóstico, una sábana de origen medioeval, pero verían el *mismo* objeto físico que ve el indio, el cual no tiene noción cultural alguna de nuestro mundo” [el resaltado es del autor] (FERRARIS, MAURIZIO, *Manifiesto del nuevo realismo*, [trad. JOSÉ BLANCO JIMÉNEZ], Ariadna, Santiago de Chile, p. 77).

<sup>1692</sup> ALBERGAMO, MARIA, “Maurizio Ferraris: Reconstruir la deconstrucción bajo la bandera del realismo”, Entrevista a Maurizio Ferraris, *Revista de Occidente*, N° 390, Noviembre, 2013 <http://www.revistas culturales.com/xrevistas/PDF/97/1693.pdf>, fecha de visita: 08/11/2014.

el retiro de la única oportunidad de emancipación que le es dada a la Humanidad: el realismo contra la ilusión y la magia”<sup>1693</sup>.

Todo esto tiene un correlato innegable en la política -genéricamente entendida-, cuestión obvia si se comprende que finalmente es desde el seno social que aquélla surge, y es de su interacción con la sociedad por la cual se define. Así la pregunta pertinente es, ¿se puede desde la política crear realidad? Creo que el solo hecho de pensar en el efecto de la propaganda en la Alemania Nazi, debiera inmediatamente contestar afirmativamente la pregunta.

Desde aquí en adelante ya nos adentramos en el terreno de la epistemología política.

### 3. DESCRIPCIÓN GENERAL DE FENÓMENOS DE EPISTEMOLOGIA POLÍTICA

#### a. Tipos de fenómenos

Básicamente existen dos errores que se producen respecto de la creencia del sujeto político:

a) la creencia que todo lo que políticamente se presente ante la percepción, no posee interferencias para su cognición, como si se apreciaran los hechos de forma desnuda;

b) la creencia *ipso facto* que las versiones efectuadas por una unidad política, sobre todo las gubernamentales y oficiales, son siempre ciertas.

En cuanto al punto a), según el contexto de lo que se quiere expresar, existen hechos con consecuencias políticas que no obstante ser percibidos, sufren interferencias cognitivas por lo que no son percibidos del modo normal en que son percibidos. Ello implica que su interferencia puede ser intencional (*estética política*), como no serlo así (un fenómeno natural).

Respecto al punto b), estimar por verosímil, de buenas a primeras, todo aquello que se desprende de la opinión “oficial”, es por decirlo menos, ingenuo. La posibilidad que dicha opinión se encuentre correlacionada en todos sus puntos con la ‘realidad de los hechos’, en estricta lógica, son las mismas que de no serlo. “Quienes están en el poder – declara GERGEN- ya no se confía que «apelen a la ontología» en sus relaciones con el pueblo. Sus «invitaciones al realismo» parecen de manera creciente orientadas a su propio beneficio. La confianza pública, y en lo público, parece haber entrado en decadencia”<sup>1694</sup>.

Cuando hablamos de ‘realidad de los hechos’, implica que lo que se dice es tal y como se expresa en los hechos, por ende, existe una correspondencia. Ésta, es posible determinarla teniendo en consideración dos elementos: el primero, la red normal y corriente de coordinaciones y significados producidos en una construcción social dentro de un contexto social dado, ejemplificativamente, la danza específica para el momento específico, el *tipo social*, para emplear el término de BERGER y LUCKMANN, el cual se obtiene inductivamente y por abstracción; el segundo, el hecho en cuestión a comparar o encuadrar con el tipo social, suerte de *tipicidad social* en términos semejantes de la ciencia penal, para confrontar estos movimientos corporales de x e y con la danza. Esta

---

<sup>1693</sup> Ibíd., p. 117.

<sup>1694</sup> GERGEN, KENNETH J, *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, p. 245.

confrontación es el modo de evaluar no su verdad, puesto que ni la teoría podría rezar una conformidad con ella<sup>1695</sup>, ni inferirla de hechos observados socialmente por presentar un nivel de exigencia mayor, sino más bien evaluar su verosimilitud, que es la correlación o coherencia entre el tipo social y el hecho a ser percibido.

Así y de modo general podríamos *a priori* afirmar la existencia de fenómenos que alteran o interfieren la cognición del sujeto social y que tienen consecuencias políticas, sean o no políticos dichos fenómenos, sean intencionados o no. Su característica principal es que teniendo consecuencias políticas se originan en una cognición distorsionada.

Es así como han existido en la historia política muchos hechos que tienen lugar en un contexto político, y respecto de los cuales o se han silenciado, o se han atenuado en su significación, o reconducido en sus significados. A estos, algunos denominan politológicamente como *disimulación*<sup>1696</sup>. Hechos secretos o no revelados, por ejemplo, pueden formar parte de este conjunto. No tiene por finalidad alterar la cognición, pero la producen consecuentemente.

Otros hechos políticos han sido derechamente “producidos”, sea porque se crean las condiciones para que se gatille un hecho, o sea derechamente por que tal hecho ha sido intencionalmente creado. Semánticamente y en relación a lo anterior, ya no habría de ser simplemente *disimulación*, sino directamente *simulación*. En este caso, hay una alteración intencional de la cognición del sujeto, y con un fin político. Y claro está, existe una construcción de realidad social que ya es hiperrealista.

A este último concepto correspondería lo que se ha denominado como “operaciones de bandera falsa”, fenómeno que ha sido descrito como “un autoatentado paramilitar o parapolicial dirigido a provocar indignación en la opinión pública -nacional o internacional- y justificar de ese modo un ataque militar que en cualquier caso se pretende realizar por razones estratégicas”<sup>1697</sup>. Pero lo cierto es que básicamente la idea de la “bandera falsa” es atribuir a otro, algo ignominioso hecho por sí mismo, con el fin de justificar políticamente la persecución del otro. Muchos ejemplos históricos se pueden dar de *operaciones de bandera falsa* y de cuya comprobación lo refieren estudios innúmeros<sup>1698</sup>.

---

<sup>1695</sup> En esto seguimos la idea de GERGEN: “De un modo más general, se puede sostener que no hay teoría del conocimiento -ya sea de corte empirista, realista, racionalista, fenomenológico o de cualquier otro tipo- que pueda garantizar coherentemente su propia verdad o validez”(GERGEN, KENNETH J, *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, p. 70).

<sup>1696</sup> Según ÁLVAREZ-OSSORIO, la política sostenida por Felipe II se basaba fundamentalmente, con la integración de conceptos como la discreción, la dexteridad y el arte de la disimulación, de tal modo, que la *discreción* “se identificaba con el arte de elegir los medios más adecuados para conseguir un fin, si bien existían dudas sobre el carácter moral de ese fin” (ÁLVAREZ-OSSORIO ALAVIÑO, ANTONIO, *Milán y el legado de Felipe II*, Sociedad estatal para la conmemoración de los centenarios de Felipe II y Carlos V, Madrid, 2001, p. 35); la *dexteridad*, por su parte, se habría utilizado por Felipe II como un “medio para triunfar en el arte de negociar en el palacio de los reyes” (Ibid., p. 36); en cambio, la *disimulación* se habría utilizado como “una de las técnicas del gobernante para lograría el éxito en su labor de mediación política”(…) “Así, en la corte regia se alabó la *disimulación* del duque de Sessa durante los altercados surgidos en Milán ante el intento de imponer la inquisición. Sessa llegó a decir públicamente que nunca había sido intención de Felipe II de implantar la inquisición española en el *Stato*” [énfasis del autor] (Idem.).

<sup>1697</sup> Informe 63-2013 cap. Operación Bandera Falsa, Foro para la Paz en el Mediterráneo, Universidad de Málaga, <http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2012/11/INFORME-63-2013cap.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014, p. 4.

<sup>1698</sup> Cfr. Ibid.; KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*; GANSER, DANIELE, *El ejército secreto de la OTAN*, [Trad. ANTONIO ANTÓN FERNÁNDEZ], El viejo topo, Barcelona, 2010; MAGASICH, JORGE, “El “plan Z”: la madre de todas las mentiras”. *Le Monde diplomatique*. Año X (103), Diciembre, Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2009, pp. 14-15; DOUGNAC, PAULETTE; HARRIES, ELIZABETH; SALINAS, CLAUDIO; STANGE, HANS; VILCHES, MARÍA JOSÉ [AUTORES]; LAGOS, CLAUDIA [editora], *El diario de Agustín. Cinco estudios de casos sobre El Mercurio y los derechos humanos (1973-1990)*, LOM, Santiago de Chile, 2009.



Dichos fenómenos se dirigen a construir una realidad, que en este caso es una falsa representación de la realidad, es decir, una ilusión, y con ello, producir consecuencias políticas erradas. Como tal se busca, siguiendo a BERGER y LUCKMANN, anonimar el fenómeno (desarticularlo de la biografía individual e intersubjetiva) y romper con su origen para hacerlo objetivable en su experiencia -cuestión en todo caso necesaria en cualquier simulación-, proceder a su transmisión como experiencia ajena de la biografía intersubjetiva y legitimarla como experiencia social general. Se pretende su incorporación como un “artefacto social”. De ese modo, cualquier tesis sobre su carácter ilusivo que intente contradecirla, se procesa como una “integración” problemática en los sujetos sociales, esto es, la no creencia que fuere posible algo fuera de la realidad que experimentaron, puesto que se ha absorbido como verosímil la ilusión.

Dos fenómenos adicionales mencionamos, tales como la llamada “estrategia de tensión” y la que podemos señalar como el *trauma* o *shock político*. Son fenómenos de estética política, ya que siendo intencionales, buscan producir un efecto sensible, radicado en la emoción, y no deja de encontrarse dentro del campo de los fenómenos cognitivos, puesto que los medios que se utilizan se mueven en la ininteligibilidad, y la activación de la emoción por dichos actos pretenden impedir el ejercicio cognitivo o reducirlo a su mínima expresión. GANSER define la “estrategia de tensión” como una forma de “guerra psicológica”<sup>1699</sup>. Si bien la tensión es el elemento central, ésta como bien señala el autor es “psicológica”, porque existen otras que son más bien estrategias de *distensión política*, dirigidas a reducir o atenuar la tensión política de la heterología política, a descomprimir ante el peligro de “revolución” como lo planteaba MAQUIAVELO, tales como la formación de comisiones de investigación, mesas de diálogos, detenciones masivas, etc. El trauma o shock político, tiene como punto de apoyo las tesis de Orlando Letelier, ex ministro del presidente Allende, y el desarrollo de aquella por KLEIN, entendido como la provocación de hechos que causen trauma en la población con la finalidad de evitar, por el efecto psicológico de miedo, de anulación y negación, la crítica, discusión u oposición de las medidas a implementar<sup>1700</sup>.

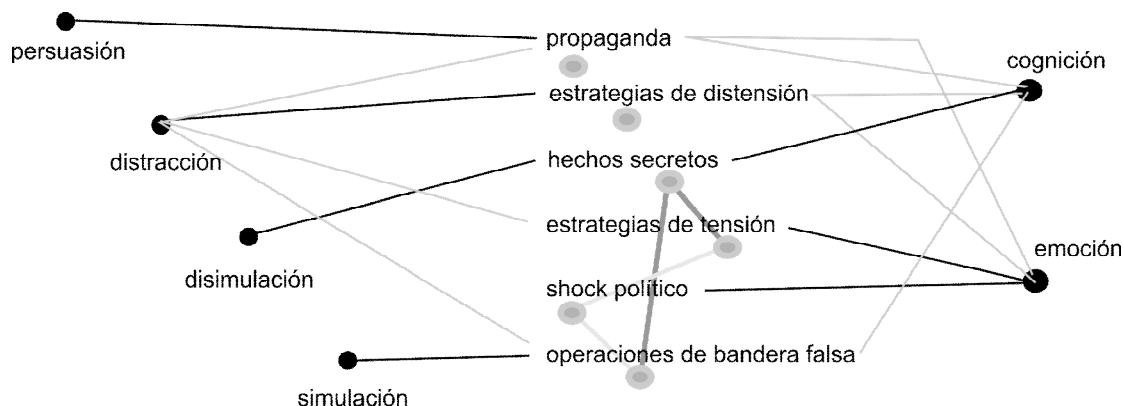
Estos pueden producirse de forma aislada (por ejemplo, la explosión de distintos artefactos explosivos sin atribución o motivación), como de modo integrado o combinado. GANSER expone un ejemplo de esta integración, al hablar de la “Operation Northwoods” en 1961 en EUA surgida como propuesta del Pentágono, cuyo objetivo era desarrollar “un conjunto de operaciones *combinadas* de estrategia de tensión *diseñados* [designed] para provocar un *shock* al público de Estados Unidos y desacreditar a Castro (...) y que incluía matar a ciudadanos estadounidenses e involucrando una *manipulación* a gran escala de la población estadounidense”<sup>1701</sup> [el resaltado es nuestro].

---

<sup>1699</sup> *Ibíd.*, p. 2.

<sup>1700</sup> Así KLEIN declara: “Algunas de las violaciones de derechos humanos más despreciables de este siglo, que hasta ahora se consideraban actos de sadismo fruto de regímenes antidemocráticos, fueron de hecho un intento deliberado de aterrorizar al pueblo, y se articularon activamente para preparar el terreno e introducir las “reformas” radicales que habrían de traer ese ansiado libre mercado”. Citando uno de los Manuales de Tortura de la CIA, KLEIN señala: “Se produce [con la tortura] un intervalo, que puede ser extremadamente breve, de animación suspendida, una especie de shock o parálisis psicológica. Esto se debe a una experiencia traumática o subtraumática que hace estallar, por así decirlo, el mundo que al individuo le es familiar, así como su propia imagen dentro de ese mundo (...) en este intervalo la fuente se mostrará más abierta a las sugerencias, y es más probable que coopere, que durante la etapa anterior al shock” (KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, p. 31, p. 40).

<sup>1701</sup> GANSER, DANIELE, “The “Strategy of Tension” in the Cold War Period”, *Journal of 9/11 Studies*, Volume 39, May 2014, pp. 1-19, <http://www.journalof911studies.com/resources/2014GanserVol39May.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014, p. 14.



Todos estos fenómenos por lo general, juegan dentro de un espacio de estrategias políticas, y particularmente de la *lógica policial*, las cuales se usan indistintamente para producir ciertos efectos en la población con fines políticos, y que normalmente están dirigidos a la preservación del poder político, esto es la consecuencia del *ego conquiro* maquiaveliano. Sobre lo dicho cabe solo afirmar como medios de prueba documental de este aserto, todos los archivos descubiertos, desclasificados o revelados de los servicios de inteligencia de diversos países sobre todo de la CIA (que convengamos es el que mayor intervención en las políticas internas de los países del orbe ha tenido), en los cuales es posible determinar acciones y propósitos ligados a todos los fenómenos descritos. Sea tal vez porque la existencia de los Servicios de Inteligencia abren contemporáneamente una época de “gobiernos invisibles” como lo denomina ARENDT:

“...la aparición de un «gobierno invisible» de los servicios secretos cuyo alcance en la política interior, en los sectores cultural, docente y económico de nuestra vida, sólo recientemente se ha revelado, es un signo demasiado ominoso para dejarlo pasar en silencio. No hay razón para dudar de la afirmación de mister Allen W. Dulles según la cual los servicios de inteligencia han disfrutado en este país desde 1947 de «una posición más influyente en nuestro Gobierno de la que disfrutaban los servicios de inteligencia en cualquier otro Gobierno del mundo»; ni hay razón para creer que esa influencia haya disminuido desde que formuló su declaración en 1958. Se ha señalado a menudo el peligro mortal que el «Gobierno invisible» supone para las instituciones del «Gobierno visible»; lo que resulta quizá menos conocido es la íntima conexión tradicional entre la política imperialista y la dominación por el «Gobierno invisible» y los agentes secretos”

1702

Esto no es más que resultado de la entidad o *quántum* del poder político de los modernos sistemas políticos, los cuales detentan la misma cantidad de poder heredada de las monarquías pretéritas, pero distribuida de modo circulatorio en el cuerpo social. La parte de *quántum* ya intolerable, se relega a los sótanos y subterráneos del poder político, donde igualmente es un lugar por donde la circulación del poder se distribuye y pasa, pero que al igual que el sistema excretor, allí se depositan y sedimentan los desechos, lo tóxico

<sup>1702</sup> ARENDT, HANNA, *Los orígenes del totalitarismo*, [trad. GUILLERMO SOLANA], Taurus, Madrid, 1998, p. 13.

y lo putrefacto. La diferencia sí entre un sistema político así construido, guarda diferencias con el sistema excretor: los desechos no se deshechan. Por lo que el sistema en su circulación, devuelve sus “primicias” al cuerpo político.

## **b. Origen político de los fenómenos de epistemología política**

¿Por qué existen estos fenómenos? Por las formas de representación política.

En efecto, podríamos graficar dos formas de representación como contraluz, siendo la primera la *representación popular*, y la segunda, la *representación elitaria*.

La primera está basada en el constructo de representación expuesto por SALAZAR<sup>1703</sup>. Este modelo implica que la comunidad política está particionada por sectores según sus propias formas de organización popular y sus cercanías regionales, los cuales designan ellos mismos sus representantes que tienen la calidad de mandatarios revocables en cualquier momento en tanto no cuenten ya con la confianza de los mandantes. Estos son originarios de los grupos o unidades políticas, porque pertenecen a ésta.

La *representación elitaria*, se basa en el actual sistema de representación, esto es, la presentación por los partidos o facciones de un número acotado y predesignado de candidatos a la representación, dentro de los cuales la ciudadanía elige. Se caracterizan, en *primer lugar*, porque es un grupo de representantes designados previamente; en *segundo lugar*, la posibilidad de elección se encuentra infinitamente reducida y acotada; en *tercer lugar*, normalmente el grupo designado para su elección se va manteniendo en el poder político por un lapso prolongado, porque el tiempo de permanencia lo favorece ya que están por períodos extensos, y porque van “saltando” de localidad en localidad, cuando una de ellas no les favorece a ellos ni al partido o facción, por lo que ésta juega con las posibilidades de modo negociado con los candidatos; en *cuarto lugar*, en la mayoría de casos las leyes de elección (como la chilena) no contemplan requisitos de ser

---

<sup>1703</sup> Para SALAZAR, previa a la configuración de la representación por mandato se requiere un “poder social diversificado y multidimensional”; memoria de la existencia histórica de un poder de esa naturaleza; que suponga un modo de convivencia social alternativo; que posea una articulación territorial-comunal geográfica (no en el sentido demográfico); que sea un “poder racional” que como tal se imponga por valerse de “verdades objetivas y de acuerdos (de mayoría) intersubjetivos, en un campo de acción que no es otro que la deliberación abierta” (SALAZAR, GABRIEL, *En el nombre del poder constituyente*, p. 73, p. 77; SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*, p. 349, p. 350). Su tesis básicamente la extrae de la historia de Chile, en las organizaciones producidas desde el siglo XVI al siglo XIX. A propósito se expresa o siguiente: “Y para organizar la producción, la vida local y el comercio lejano y cercano se reunían en asambleas vecinales (cabildo abierto), razón por la que fueron consolidando una bicentenaria tradición de autogobierno”; “Si el diputado electo no se comportaba de acuerdo al mandato recibido, el pueblo revocaba su cargo, le quitaba el “poder” concedido, y ya de vuelta a la comunidad, lo sometería a “juicio de residencia”. Cada comunidad local cuidó, pues, por todos los medios a su alcance, de mantener viva, en todo momento, la soberanía popular”; “...la Asamblea Constituyente fue organizada (bajo presión del General Freire) precisamente para permitir que los mecanismos de representación funcionaran con total transparencia (...) La Asamblea Constituyente fue concebida de hecho en el mismo tenor de las asambleas que los pueblos de provincia realizaban en los espacios abiertos de sus plazas, parroquias o “pampillas”, a las que todos podían/debían asistir. En ellas, los acuerdos solo tenían validez “política” si se tomaban en presencia de todos, cara a cara, a viva voz...Sin duda, eso contrastaba agudamente con el comportamiento del patriciado santiaguino, que se reunían privadamente en los salones de sus casas, en el de su club...Se comprende que el carácter “abierto” de la asamblea provincial era absolutamente incongruente con la cultura elitista y enclaustrada” [se suprime el destacado del autor] (SALAZAR, GABRIEL, *En el nombre del poder constituyente*, p. 36, pp. 41-42).

originarios de las localidades a las que se presentan como candidatos, ni tampoco el vivir en las localidades durante el tiempo de elección; en *quinto lugar*, el contacto de los representantes con la ciudadanía se produce normalmente solo una vez, que se produce durante su elección; en *sexto lugar*, como no representan a unidades políticas populares y comunitarias, su representación a los ciudadanos es en abstracto y no en concreto.

Esta forma es *elitaria* porque, y en primer lugar, entroniza un grupo de designadores de representantes que son las facciones y partidos, y los representantes por tiempo indefinido, lo que impide la participación popular en sus acciones para reprobación; las facciones y partidos, reproducen las formas eleccionarias a su propios procesos de elección, por lo que divide el campo decisorio en la cúpula y las bases, lo que inmediatamente detenta el signo indeleble de lo elitario; en segundo lugar, al no pertenecer a los grupos o unidades políticas que supone representar, se le desliga de las necesidades materiales de los mismos, acercándose más bien a intereses de facción, que a su vez detentan su dirección las cúpulas, lo que indirectamente su representación se vuelve así en elitaria.

Ahora, ¿en qué influye esto en los fenómenos descritos?

Como la generación del representante es por elección “simpática”, y no por designación racional de evaluación de competencias, representantes y facciones buscan influir en los votantes y utilizar mecanismos de persuasión. Y esto no solo es en la elección, sino cuando se necesita del respaldo popular, se retorna a establecer el contacto “simpático” en la población. Al entrar la persuasión, el *logos* queda desplazado, porque entra en escena el convencimiento como finalidad, y no como efecto. Ante la racionalidad, existe un efecto de convicción por lógica y por derivación racional; en cambio cuando se busca convencer a otro como finalidad, el medio es relevante en tanto se busca convencer, por lo que la convicción se produce por retórica.

Y en el convencimiento en la política como medio, existe toda una línea graduada en cuyo primer extremo se encuentra la persuasión, y en el otro extremo la doblegación de la voluntad, pasando por la imposición. Aquí caben todos los fenómenos ya referidos, y otros que pertenecen a los estudios de politología, es decir, desde la propaganda, hasta la tortura para destruir la voluntad del sujeto y recrearla como se quiera<sup>1704</sup>: o sea, de la propaganda nazi a la tortura orweliana en el “Ministerio del Amor”. La convicción por retórica es el primer asalto contra la libertad humana, y es por definición una herramienta autoritaria en política.

Por eso todas las formas de representación elitaria favorecen la producción de los fenómenos referidos.

---

<sup>1704</sup> Vid. KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, en especial el Capítulo I, donde se expresa que la tortura busca anular al sujeto y recrearlo en su personalidad. En el mismo sentido ROSS, COLIN A., *Military mind control: a story of trauma and recovery*, Manitou Communications, Richardson, TX , 2009; ROSS, COLIN A., *The CIA Doctors: Human Rights Violations by American Psychiatrists*, Manitou Communications, Richardson, TX , 2006; ROSS, COLIN A., *Bluebird: Deliberate Creation of Multiple Personality by Psychiatrists*, Manitou Communications, Richardson, TX, 2000.

### III. CIENCIA PENAL Y EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA EN LA *TEORÍA DE LA INFLACIÓN*

#### 1. PERTINENCIA E IMPORTANCIA DE SU RELACIÓN METODOLÓGICA

Gran parte de la discusión actual y de la política criminal y legislativa actual, surge a raíz del 11/S de EUA -y de expresiones similares y coetáneas como el 7/J en Inglaterra y de forma más reducida como el 11/M en España-, y justamente este es el punto de inflexión político, para la adopción de una serie de legislación penal y procesal, entendida en cuanto a su sustancia y fundamento por algunos autores, como real expresión de un derecho penal del enemigo<sup>1705</sup>, y por ende, entendida como “expansiva” para el modelo expansivo.

Sin embargo y no obstante el relativo consenso existente sobre la importancia de lo político para el derecho penal que la ciencia penal occidental viene repitiendo hace bastante tiempo, aún se hace una lectura de resultados y efectos, pero rara de vez de antecedentes o causas para su análisis. Ello hace que el derecho penal para fenómenos del hoy, se observe en sí mismo, pero desligado del fenómeno de la política de un modo sistémico. Esto impide que verdaderamente se indaguen los factores de crecimiento del derecho penal o eventualmente de su disminución, con lo cual cualquier diagnóstico quedará siempre reducido.

La tesis de un atentado originado en el llamado terrorismo islámico o yihadista, se le considera como un hecho incontrovertible e indisputado, incluso por la mayoría de la doctrina penal y criminológica<sup>1706</sup>, todos los cuales, dan por sentada la premisa que los

<sup>1705</sup> Vid. por todos, REINA ALFARO, LUIS, "Estado de Derecho y orden jurídico-penal (A su vez, un estudio crítico sobre el Derecho penal de enemigos, de Günther Jakobs)", p. 198 ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, "Derecho penal del enemigo y amparo de libertad", en REYNA ALFARO, LUIS; CUARESMA TERÁN, SERGIO, *Derecho Penal y Estado de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2008, pp. 223-260, p. 226; Lo mismo HASSEMER, en tanto el 11-S produjo una agravación de la política criminal (HASSEMER, WINFRIED, "El Derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo", en REYNA ALFARO, LUIS; CUARESMA TERÁN, SERGIO, *Derecho Penal y Estado de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2008, pp. 181-196, p. 182 en ref. a p. 181); Así DUBBER: "el Derecho penal del enemigo ha sido, nada más y nada menos, el paradigma dominante del Derecho penal estadounidense moderno" (DUBBER, MARKUS D., "Guerra y paz: Derecho penal del enemigo y el modelo de potestad Policial del Derecho penal estadounidense", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 685-724, p. 685).

<sup>1706</sup> "Las Torres Gemelas abatidas el 11 de septiembre de 2001 por grupos terroristas islámicos "protegidos" por el régimen político talibán de Kabul han desencadenado una reacción de tipo militar, antes que jurídico-penal" (DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al "enemigo"", p. 628). Lo que expresa DONINI aquí, no es expresión de una posibilidad, sino derechamente de un hecho indisputado e incuestionable, el cual da por supuesto, para afirmar su visión. El ni siquiera cuestionar la factibilidad del hecho, nos parece más aterrador que los hechos que se dicen haber ocurrido. En el mismo sentido Vid. ASUA BATARRITA, ADELA, "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas", y conductas periféricas", p. 246; APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra", p. 206; REINA ALFARO, LUIS, "Estado de Derecho y orden jurídico-penal (A su vez, un estudio crítico sobre el Derecho penal de enemigos, de Günther Jakobs)", pp. 197-198; CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL, "Internet y terrorismo islamista. Aspectos criminológicos y legales", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Diciembre, Nº 22, 2008, pp. 67-88, pp. 70-71; GUTIÉRREZ DE TERÁN, IÑAKI, "Islamismo, Política y Terrorismo, Desde la constitución de la Umma hasta la emergencia del islam radical", *Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Diciembre, Nº 18, 2004, pp. 159 - 170, pp. 167-169; DENKOWSKI, CHARLES, "La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿Continúa el Derecho policial de los Lánder alemanes, tras el 11 de septiembre, con el Derecho penal político antiliberal?" en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 511-552, p. 514, p. 516; "No hace falta recordar en estos momentos que los aviones se han convertido incluso en armas de destrucción masiva accesibles a

hechos ocurrieron del modo en que el relato "oficial" se los expresa, y de la existencia sin contrapeso de refutación de una organización terrorista llamada Al-Qaeda<sup>1707</sup> (cosa extraña entre investigadores de espíritu científico, ¡*Cum grano salis!*!).

Los hechos políticos sobre los cuales se asienta toda la discusión del derecho penal sobre el terrorismo, son para la ciencia penal una certidumbre ante la cual y ante el evento de haber sido tentados por dicha certidumbre, habría que realizar previamente un mínimo ejercicio de epistemología política para discernir si se ha caído o no en dicha tentación.

Aquí radica la importancia de este cruce metodológico, para la teoría de la inflación penal.

## 2. LA TRAMPA DE LA INDISPUTABILIDAD DE LO EVIDENTE

La tesis de la expansión tiene como base de su planteamiento, un hecho que se considera indisputable por ella, como es el crecimiento de la legislación penal. En efecto, una de las manifestaciones que es capaz de percibir a nivel de la representación más básica, es la de un crecimiento normativo, e incluso de ciertos movimientos relativos al aumento del contenido penal del sistema penal, cuestión ésta que no deja de ser un dato cierto, por consistir en una representación del observador situado desde el plano ingenuo de la realidad percibida.

En este sentido, tal representación es incuestionable, y de ahí la afirmación de SILVA SÁNCHEZ sobre el hecho que "frente a tales posturas doctrinales en efecto [las minimalistas o reductivas del derecho penal, léase *Escuela de Frankfurt*, léase *Derecho penal mínimo*] no es nada difícil constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación de todos los países hacia la *introducción de nuevos tipos penales* así como a una agravación de los ya existentes"<sup>1708</sup>, a lo que agrega que "Tal «expansión» es, por cierto, una *característica innegable* del Código penal español de 1995"<sup>1709</sup>[el resaltado es nuestro]. En base a esta *indisputabilidad de lo evidente* del fenómeno, es que efectúa además, su prognosis político-criminal: "Mi *pronóstico* es, en efecto, que el Derecho penal de la globalización económica y de la integración supranacional *será un Derecho* desde luego crecientemente unificado, pero también

---

terroristas suicidas, como los que los estrellaron contra las torres gemelas de Nueva York y contra el Pentágono. Éste ha sido el desencadenante del drástico recorte de garantías fundamentales del ciudadano..." (MIR PUIG, SANTIAGO, "Constitución, derecho penal y globalización", en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 15-54, pp. 10-11); GROSSO GARCÍA, SALVADOR, "¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto", en CANCIO MELIÁ, MANUEL y GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires-Montevideo, Edisofer, 2006, p. 2, p. 5; CANO, MIGUEL ÁNGEL "Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 11-07, 2009, [Disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/11/recpc11-07.pdf>], [fecha de visita: 24/07/2011], nota al pie N° 30, p. 4.

<sup>1707</sup> FARALDO CABANA, PATRICIA, "Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 756-798, p. 760; GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR, "¿Qué es y qué puede ser el "Derecho penal del enemigo"? Una aproximación crítica al concepto", p. 14, p. 19; CANO, MIGUEL ÁNGEL "Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa", p. 1 y ss.

<sup>1708</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1709</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1ª edición)*, p. 18.

menos garantista, en el que se flexibilizarán las reglas de imputación y en el que se relativizarán las garantías político-criminales, sustantivas y procesales. En este punto, por tanto, el Derecho penal de la globalización *no hará más que acentuar la tendencia que ya se percibe en las legislaciones nacionales...*"; "De nuevo se observa que, incluso en este ámbito, la tendencia a la universalización favorece, hoy por hoy -al llevarse a cabo de modo parcial *un pronóstico global más de expansión que de restricción del Derecho penal*"<sup>1710</sup> [el resaltado es nuestro].

En el mismo sentido de la indisputabilidad del hecho por su evidencia, se encauza CANCIO MELIÁ al afirmar lo siguiente: "El punto de partida de cualquier análisis del fenómeno que puede denominarse la "expansión" del ordenamiento penal ha de estar, en efecto, en una *sencilla constatación*: la actividad legislativa en materia penal desarrollada a lo largo de las dos últimas décadas en los países de nuestro entorno ha colocado alrededor del elenco nuclear de normas penales un conjunto de tipos penales que, vistos desde la perspectiva de los bienes jurídicos clásicos, constituyen supuestos de "criminalización en el estadio previo" a lesiones de bienes jurídicos, cuyos marcos penales, además, establecen sanciones desproporcionadamente altas"<sup>1711</sup> [las cursivas son nuestras].

La reflexión de CANCIO MELIÁ parte de la indisputabilidad del hecho, pero específicamente relacionado más con la tercera velocidad, con el derecho penal del enemigo, o a lo menos, los fenómenos que le darían razón a él. Este autor antes que simplemente referirse a un crecimiento en el espacio, más bien se refiere a un movimiento específico dentro de él, que es colocar junto al conjunto de bienes jurídicos clásicos, un conjunto de tipos penales que con criminalización de estados previos. Pero esto en el fondo, apunta a los mismos bienes jurídicos ya existentes, sólo que el conjunto de tipos dispone de características especiales, diferenciados por una anticipación de la intervención punitiva, fuera del aumento de penas.

Esta indisputabilidad es considerada así, y como diríamos en buen derecho, como un *hecho público y notorio*, y por ende, que no necesita prueba por sus rasgos de evidencia.

Sin embargo, el hecho que el fenómeno expansivo sea considerado indisputable, no dice nada, ya que el que se haga visible para todos, no necesariamente responde a ser la manifestación de la realidad últimamente aprehendida, sino de una más bien intermediada. Como se ha venido sosteniendo, una cuestión es distinguir el conocimiento ingenuo de la realidad, y otro un conocimiento más profundo, develable a través de la crítica.

En esto, un sector de la ciencia penal ha caído más bien en el influjo de la apariencia más que en la verdadera realidad, producto de que el modelo expansivo se centra en esta apariencia, siendo más bien una ciencia de la *doxa* más que del *logos*. Lejos de ser instrumento de crítica, como asegura CANCIO MELIÁ<sup>1712</sup>, es más bien un modelo descriptivo, antes que crítico, siendo así un instrumento de descripción.

DEMETRIO CRESPO señala: "Generalmente la *experiencia demuestra* la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el *grado de plasmación de los mismos en los hechos*. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos que brevemente acabamos de examinar a

<sup>1710</sup> SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), pp. 83-84, p. 120.

<sup>1711</sup> CANCIO MELIÁ, MANUEL, "De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?", pp. 91-92.

<sup>1712</sup> "En este sentido, dentro de las reflexiones político-criminales de los últimos años, el fenómeno que sin duda alguna merece la calificación de la cuestión central es la evolución en la legislación penal conocida desde una *perspectiva crítica* como expansión del derecho penal" [énfasis del autor suplido y agregado el nuestro] (CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", p. 19).

propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es *tan contundente* que ha permitido hablar incluso de la insostenible situación del Derecho Penal” [énfasis suplido y agregados los nuestros]<sup>1713</sup>.

El autor citado pone en el tapete una cuestión fundamental, pero a nuestro juicio, haciendo una lectura errónea. Las diferencias entre teoría y realidad, para el caso de los fenómenos expansivos, existen, y éste es un punto crucial, pero no porque las teorías que minimizan el campo penal estén necesariamente desfasadas con una realidad que exprese una expansión del derecho penal. Tal vez no sea sino la expansión misma una “teoría” explicativa en congruencia con la apariencia, y como tal, desfasada con la verdadera realidad, y por ende, insuficiente como descripción causal de fondo.

Según SILVA SÁNCHEZ, las causas de tal expansión reseñadas en su modelo, son, hasta cierto punto, dependientes de la llamada sociedad del riesgo o sociedad postindustrial. El miedo como causa generadora de legislaciones expansivas, el miedo como generadora del temor al otro y con ello legislaciones que restringen o derechamente persiguen conductas del sujeto y al sujeto mismo, el papel de la izquierda política solicitando más derecho penal, y todas las otras causas, se mueven en la superficie de los hechos, siendo visibles, y de los cuales podría inferirse, como se ha hecho por el modelo expansivo, el crecimiento y/o endurecimiento de la legislación penal.

El *modelo expansivo* así, describe el fenómeno ocurrido en lo apariencial, ya que el crecimiento del contenido penal no ha dejado de ocurrir en la legislación penal actual, y es perfectamente percibido como tal por los sujetos. Pero al igual que el sol es percibido como que sigue una trayectoria de este a oeste, girando alrededor de la tierra, la legislación penal crece o se endurece a consecuencia de las causas sociales indicadas por SILVA SÁNCHEZ como causas de la expansión.

#### IV. ACONTECIMIENTOS POLÍTICOS OBSERVABLES POR LA EPISTEMOLOGÍA POLÍTICA Y SUS CONSECUENCIAS EN LA PENALIDAD. DESDE LA “GUERRA FRÍA” HASTA LA ADMINISTRACIÓN OBAMA EN EUA.

##### 1. EL TERRORISMO DE LOS STAY-BEHIND EN EUROPA OCCIDENTAL (1948-1990)

En Europa occidental, en postrimerías de la segunda Guerra Mundial, existió un ejército secreto denominado genéricamente como “stay-behind”, y que operó durante toda la “guerra fría”, con la finalidad de combatir una supuesta invasión soviética, y que a través de diversas actividades pretendía manipular los sistemas políticos de los gobiernos europeos, entre ellos, las actividades terroristas como definición principal, como forma de evitar cualquier influencia política de la izquierda, sobre todo, su asenso al poder. Dentro de estos objetivos, según historiador suizo DANIELE GANSER, “las operaciones siempre estuvieron dirigidas a propagar el miedo entre la población”<sup>1714</sup>, lo cual generaba que los

---

<sup>1713</sup> DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, “Del “derecho penal liberal” al “derecho penal del enemigo””, p. 32.

<sup>1714</sup> GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN. La Operación Gladio y el terrorismo en Europa Occidental*, [trad. ANTONIO ANTÓN FERNÁNDEZ], Barcelona, 2010, p. 28.



Estado endurecieran su legislación penal<sup>1715</sup>. Esta red se descubrió en Italia en 1990 bajo el nombre de “Gladio”<sup>1716</sup>.

La idea provenía desde USA (Washington) e Inglaterra (Londres), siendo financiados por la CIA, especialmente con pertrechos militares, y entrenados por el MI6 británico (organismo de inteligencia de ambos países respectivamente), los cuales existe certeza de su intervención en Italia. La coordinación de este ejército provenía de la OTAN. En Italia “Gladio” operaba con una estructura jerárquica proveniente del Ministerio de Defensa italiano y como una sub-rama de los servicios secretos militares, cuyos integrantes participaban a su vez de grupos fascistas como “Avanguardia Nazionale” y “Ordine Nuovo”.

Si bien se origina “Gladio” en un primer momento como ofensiva pasiva ante una posible invasión soviética, a la CIA les interesaba usarlos como rompedores de movimientos de protesta social y en operaciones de desestabilización política<sup>1717</sup>, lo cual efectivamente fue confirmado por miembros de “Gladio” que realizaban ataques terroristas que eran atribuidos a la izquierda política. Fuera de ello se buscaba en palabras del terrorista Vincenzo Vinciguerra “desestabilizar el orden público para estabilizar el orden político y para justificar una intervención represora que sería recibida con alivio por la población, la gente quiere vivir en paz, quiere andar tranquila por la calle, no quiere correr el riesgo de entrar en un banco o subirse a un tren y morir porque un asesino desconocido ha puesto una bomba”<sup>1718</sup>.

Algunos de estos fueron el atentado con bomba en la *Banca Nazionale dell'Agricoltura* en la *Piazza Fontana* en Milán, el 12 de diciembre de 1969 donde 17 personas murieron y cerca de 80 personas quedaron heridas. El atentado se atribuyó a grupos anarquistas, pero los verdaderos responsables se encontraban en estos “stay-behind”, específicamente y como único partícipe capturado a Carlo Di Giglio, un doble agente de derechas de “Ordine Nuovo” y de la inteligencia naval de USA, quien preparó y armó las bombas. El objetivo era un golpe de Estado institucional, a través del uso de poderes de emergencia, que finalmente y por un no apoyo de la opinión pública a la tesis del atentado anarquista, se declinó considerar.

En 1972, en 31 de mayo, un auto-bomba estalló en un bosque cerca de la ciudad de Peteano, con resultado de 3 muertos. Una llamada habría atribuido el hecho a las *Brigadas Rojas*, con lo cual se produjo una persecución en contra de la izquierda con más de 200 comunistas encarcelados. Pero habría habido manipulación de las pruebas por

---

<sup>1715</sup> Ibid., p. 35 en relación al texto de la información del Periódico The Guardian: “Red secreta de la OTAN acusada de subversión: La Comisión descubrió que Gladio, brazo armado clandestino de la OTAN en Italia, se había convertido en un refugio de fascistas que combatían el comunismo mediante atentados terroristas que debían justificar un endurecimiento de las leyes” (30 de enero de 1992).

<sup>1716</sup> Ibid., p. 28.

<sup>1717</sup> “¿Qué hacían las redes “stay behind” mientras esperaban la invasión Rusa? Pues entrenar y participar en la Política local, y ahí es donde vemos el impacto más importante y más dañino de estas organizaciones stay behind en los países de Europa occidental” (“Entrevista Christopher Simpson (Historiador de la Universidad de Washington)”, The History Channel, *El ejército secreto de la OTAN*, Documental, 2009, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=JJjKNaP6jDc>], [fecha de visita: 14/10/2014]).

<sup>1718</sup> Entrevista a Vincenzo Vinciguerra, *El ejército secreto de la OTAN*, History Channel, Documental. A propósito GANSER señala lo siguiente: “Pero, ¿son dignas de crédito las palabras de ese hombre [por Vinciguerra]? Los hechos que se produjeron después del juicio parecen indicar que sí. El ejército secreto fue descubierto en 1990 y, como para confirmar indirectamente que Vinciguerra había dicho la verdad, el apoyo del que había gozado hasta aquel entonces por parte de las altas esferas le fue bruscamente retirado. Contrariamente a lo sucedido con otros terroristas de extrema derecha, que habían sido puestos en libertad después de haber colaborado con los servicios secretos italianos, Vinciguerra fue condenado a cadena perpetua. Pero Vinciguerra no fue el primero en revelar la vinculación entre el Gladio, la OTAN y los atentados” (GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN. La Operación Gladio y el terrorismo en Europa Occidental*, p. 33).

parte de los Carabinieri, los Servicios Secretos, la magistratura italiana, con el objeto de atribuir los atentados a las “Brigadas Rojas”, grupo de izquierda, en Italia, quedando en la conciencia de los italianos a los menos por 10 años, como que éstos fueron los verdaderos responsables. Reabierto el caso en 1984, fue capturado el principal responsable Vincenzo Vinciguerra, miembro de “Ordine Nuovo”.

Luego se sucedieron una serie de atentados. A propósito GANSER señala:

“Después de los atentados de la Piazza Fontana, en 1969, y de Peteano, en 1972, otros actos de terrorismo volvieron a ensangrentar el país. El 28 de mayo de 1974, en Brescia, una bomba dejó 8 muertos y 102 heridos entre los participantes en una manifestación antifascista. El 4 de agosto de 1974, un atentado a bordo del tren «Italicus Express», que enlaza Roma con Munich, mató a 12 personas e hirió a 48. El punto culminante de aquella ola de violencia se produjo en una soleada tarde, el 2 de agosto de 1980, en el día de la fiesta nacional de Italia, cuando una explosión de gran potencia devastó el salón de espera de los pasajeros de segunda clase en la estación de trenes de Bolonia, matando a 85 personas e hiriendo o mutilando a otras 200. La masacre de Bolonia es uno de los mayores atentados terroristas que haya sufrido Europa en todo el siglo 20”<sup>1719</sup>.

Realizados los atentados, algunos perpetradores eran sacados por la OTAN de Italia para vivir en España durante la dictadura franquista, para participar en acciones de infiltración y sabotaje, (como es del caso de Delle Chiaie, apodado *Caccola*)<sup>1720</sup>, y muerto Franco, ya su destino era Chile para participar en similares acciones (como en el caso de *Caccola* quien trabajó en la “Operación Cóndor”)<sup>1721</sup>. Quienes habían sido capturados, eran librados de la prisión en su mayoría. Todo esto, además, estaba apoyado por una red de personas (“Propaganda Due”) dentro de las instituciones italianas con influencia, como el Gobierno, gente del parlamento, jueces, policías, banqueros, que actuaban apoyando las actividades de Gladio, comportándose toda esta red como una estructura paralela.

En Alemania, el encargado de la organización de los “stay-behind” fue Reinhart Gehlen<sup>1722</sup> (que se encontraba en las listas de los aliados como criminal de guerra<sup>1723</sup>), quien fuere militar nazi avocado a la inteligencia Militar, el cual siendo capturado por USA lo recluta para el espionaje en contra de la URSS, y dentro de ello, la organización de los “stay-behind”. En 1952 un ex oficial de la SS entró en una comisaría alemana y declaró ser parte de una red militar con entrenamiento de MI6 y financiamiento de la CIA, que tenían una serie de actividades militares, a lo cual se realizó una investigación donde hubo captura de responsables (quienes pertenecían a grupos de derechas), descubrimiento de campos de entrenamiento secretos y de armas. Interrogados los sospechosos, tenían en lo próximo una misión política de asesinatos selectivos ante lo cual disponían de una lista de personas contra las que los perpetrarían. A raíz de conversaciones diplomáticas entre USA y Alemania, los responsables quedaron en libertad, y se detuvo cualquier investigación sobre los “stay-behind”.

---

<sup>1719</sup> GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN*, p. 38.

<sup>1720</sup> GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN*, p. 161.

<sup>1721</sup> *Ibid.*, pp. 161-162.

<sup>1722</sup> MEYSSAN, THIERRY, “Stay behind: como controlar las democracias. Las redes estadounidenses de desestabilización y de injerencia”, *Red Voltaire*, <http://www.voltairenet.org/article120005.html>, fecha de visita: 14/10/2014.

<sup>1723</sup> Vid. *Conspiracy? The CIA and The Nazis*, Documental History Chanel, Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=lqZA7xRATaA>, fecha de visita: 14/10/2014.

Se reabrieron estas líneas de investigación con el atentado terrorista con bomba en el Oktoberfest del 26 de septiembre de 1980 en Múnich, donde 13 personas murieron (entre ellos niños) y muchos más quedaron heridos, algunos con secuelas físicas de por vida. El acto se atribuyó a un solo sujeto participante en grupos de extrema derecha y que murió en el atentado, el cual era evidente su conexión con organizaciones militares puesto que el explosivo, según las pericias, tenía dicho origen. Ello llevó a la captura de un sujeto que dio información sobre lugares de escondites de armas, la declaración sobre la existencia de redes militares en Alemania en conexión con otros grupos en Europa, y cabecillas cuyos nombres develaría, sin llegar a esto último, puesto que apareció colgado en su celda.

Fuera de Italia y Alemania, se descubrió que había al menos 15 países europeos donde los “stay-behind” funcionaban, en concomitancia o no con los servicios secretos de cada país, de la CIA y el MI6, entre ellos España, Suiza, Francia, Bélgica.

En 1990 tras las investigaciones del juez veneciano Felce Casson, el Presidente Italiano de entonces Giulio Andreotti reveló al Parlamento Italiano la existencia no solo de “Gladio” sino de los “stay-behind”.

MEYSSAN señala al respecto:

“En 1990, estalló en Italia el escándalo del Gladio. Oficialmente los stay-behind fueron disueltos en toda Europa. En realidad, *ellos continuaron y continúan de funcionar sin haber cambiado en lo absoluto*. Primero bajo la dirección de Thomas A. Twetten y de David Cohen. Actualmente, el «Plan Maestro» del Pentágono prevé de separar a corto plazo las actividades de guerra política, económica y psicológica de las operaciones especiales. De tal manera que los militares y militantes ya no estarían estacionados en espera de operaciones comando sino que podrían actuar masivamente en la guerra especial. Durante los tiempos de paz, todo queda bajo control del Departamento de Estado de los EE.UU. Todo parece indicar sin embargo, que esta reestructuración será difícil en implantar”<sup>1724</sup> [el resaltado es nuestro].

Aunque algunos líderes políticos acusaban la existencia de una “Quinta Columna” formada por la izquierda, “solamente tras el escándalo de Gladio en 1990 se pudo descubrir que quizás la mayor red de Quinta Columnas secretas ha sido hasta hoy la red *stay-behind* de la OTAN” [resaltado del autor]<sup>1725</sup>. “El legado de stay-behind –en opinión de Christopher Simpson- es que las tácticas que crearon ellos en un primer momento, siguen en vigor y continúan utilizándose hoy en día. Son procedimientos de actuación habituales. La gente que paga el precio por todo ello, son hombres y mujeres normales en todo el mundo”<sup>1726</sup>. Por su parte MEYSSAN opina: “A pesar que se consideró que nunca había existido, ésta red de espionaje fue disuelta oficialmente tres veces: primero en 1952, más tarde en 1973 y finalmente en 1990. ¿Y si este servicio de espionaje está aún activo, manipulando escondidamente las instituciones públicas para los intereses y fines de un poder oculto? ¿Entonces las democracias occidentales no serían más que un señuelo que favorece y nutre el poder de «algunos grandes señores»...?”<sup>1727</sup>.

---

<sup>1724</sup> Diario *El País* online, Archivo, *La sombra de la Operación Gladio*, Viernes 2 de Noviembre de 1990, [http://elpais.com/diario/1990/11/02/internacional/657500407\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1990/11/02/internacional/657500407_850215.html), fecha de visita: 14/10/2014.

<sup>1725</sup> GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN*, p. 158.

<sup>1726</sup> “Entrevista Christopher Simpson (Historiador de la Universidad de Washington)”, The History Channel, *El ejército secreto de la OTAN*.

<sup>1727</sup> MEYSSAN, THIERRY, “Stay behind: como controlar las democracias. Las redes estadounidenses de desestabilización y de injerencia”.

## 2. ATENTADO EN OKLAHOMA CITY, USA (1995)

### a. Los hechos

El día 19 de abril de 1995 el Alfred P. Murrah Federal Building en Oklahoma City, sufre un atentado con un coche bomba que deja 168 personas muertas, entre ellos 19 niños<sup>1728</sup>, y más de 500 personas heridas. Una hora más tarde (120 kms. de Oklahoma), en un control de rutina y por portar un arma sin licencia, es detenido Timothy McVeigh, soldado condecorado en la guerra “tormenta del desierto”, sindicado como el autor material de los hechos. Dos días después, el 21 de abril, es detenido Terry Nichols, sindicado como cómplice. Para ambos son los cargos de asesinato y conspiración. McVeigh y Nichols son declarados culpables y sentenciados, el primero, a ser ejecutado por inyección letal (2001); el segundo, a cadena perpetua sin beneficios de libertad condicional.

Como móvil se habría estimado como venganza por la anterior masacre de Waco (Texas), ocurrida el 19 de abril igualmente de David Koresh y la llamada “secta” de los davinianos, y también por sentimientos antigubernamentales, en ambos sentenciados.

La tesis oficial y manejada por el FBI, era que se había estacionado una camioneta con una explosivo a base de fertilizante constituido por nitrato de amonio y combustible (ammonium nitrate/fuel-oil) conocida como ANFO, frente al edificio, y que se habría hecho explotar.

La investigación estuvo originada en un eje carbonizado de una camioneta que cayó cerca del lugar de la explosión y que se habría encontrado, el cual tenía un número de serie que los llevó a determinar el automóvil o coche, y de ahí al lugar de origen del mismo que era una renta de coches. Dicho coche, según la tesis oficial, habría sido rentada por McVeigh según testimonio de un empleado del lugar. En ese lugar se llenó un formulario con un alias o nombre inexistente, pero registrando una dirección que era la casa de Nichols. Uno de los empleados de allí habría dado los retratos de dos sujetos que fueron a rentar el coche, y que en un inicio fueron llamados como “John Doe1”, cuyo retrato correspondería a McVeigh, y “John Doe2”, que no se pudo determinar nunca su identidad. Averiguaciones posteriores en el sector, habrían llevado a determinar que un sujeto visto con la Camioneta buscada, alquilaba una habitación en un Motel en cuyo registro aparecía el nombre de McVeigh junto al registro del mismo domicilio del formulario anterior, esto es, el domicilio de Nichols.

Allanado este último, se habrían encontrado sacos de fertilizante a base de nitrato de amonio y combustible, que fue la misma sustancia supuesta en la explosión por su efecto de retorcer el metal. Nichols se declaró inocente.

Hoy por hoy, se ha reabierto el caso, ante la hipótesis que McVeigh no habría actuado solo y por las inconsistencias que presentó aquél en su oportunidad<sup>1729</sup>.

---

<sup>1728</sup> The History Channel, *Oklahoma City Bombing*, Documental, Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=2qe7RielGdk>, fecha de visita: 15/10/2014.

<sup>1729</sup> Tvndos-com, “FBI: No hay más videos de ataque Oklahoma City”, Jueves, 16 de octubre de 2014, <http://www.tvn-2.com/Noticias/Paginas/FBI-No-hay-mas-videos-de-ataque-Oklahoma-City.aspx>, fecha de visita: 16/10/2014.

**b. Inconsistencias, discordancias o disonancias del caso:**

- *Tesis del único ejecutor:* La tesis del autor material solitario no es plenamente aceptada, ya que se duda de la capacidad de McVeigh, pese a su instrucción militar, para montar todo el aparataje, creyendo el abogado defensor que es el “cabeza de turco” de una operación que contemplaba más responsables, y que McVeigh murió encubriendo. Lo mismo para la confección de las bombas por Terry Nichols y el mismo McVeigh. La tesis del abogado es la existencia de una conspiración mayor donde existía un grupo tras McVeigh<sup>1730</sup>.
- *Actitud de McVeigh:* Señala HOFFMAN lo que sigue: “Cuando fue detenido (...) McVeigh llevaba una carga de 9 mm pistola. A pesar de que podría haber disparado fácilmente y matado al oficial [que lo detuvo], McVeigh le informó que llevaba un arma oculta, luego mansamente se entregó para la detención. ¿Por qué un hombre que supuestamente acaba de matar a 169 personas inocentes, se resiste a matar a un policía en un tramo solitario de la carretera? Esto sugiere que, o bien McVeigh era inocente, estaba actuando bajo las órdenes por alguna rama del gobierno, o estaba bajo alguna forma de control de la mente”<sup>1731</sup>.
- *Disconformidad caligráfica entre las firmas:* Se señaló que McVeigh habría llenado el formulario de renta del automóvil o coche. Sin embargo, entre ese formulario y aquél donde estampa su nombre en el Motel, son dos tipos de caligrafía distinta.
- *Rapidez de la resolución del caso:* Nunca hubo autoatribución de los atentados por parte de los señalados como responsables en un primer momento, sin embargo, el caso, que es de naturaleza complejísimo, prácticamente se resolvió en 48 horas<sup>1732</sup>.
- *Desestimación de la tesis del coche bomba como único medio de destrucción:* Tres meses después del atentado, esto es julio de 1995, Benton K. Partin, Brigadier General en retiro de la Fuerza Aérea de USA, entrega de forma voluntaria un informe a las autoridades, según el cual, descarta la tesis de la demolición parcial por atentado de un solo coche bomba, explicado solo con cargas explosivas adicionales al coche. Otros expertos han afirmado la necesidad de, al menos, 5 artefactos explosivos para la provocación de tal daño. En carta enviada por el inventor de la bomba de neutrones, Samuel Cohen al Representante del Estado en Oklahoma Charles Key, señala lo siguiente de la explosión: “Hubiera sido absolutamente imposible y en contra de las leyes de la naturaleza para un camión lleno de fertilizantes y combustible (...) no importa cuánto se use (...) para que el edificio cayera”<sup>1733</sup>. Roger Raubach, Phd. En Física y Química e investigador en la Universidad de Stanford, señala que es imposible la provocación de un daño de dichas características con un explosivo de esa

---

<sup>1730</sup> The History Channel, *Oklahoma City Bombing*, Documental, Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=2qe7RielGdk>, fecha de visita: 15/10/2014.

<sup>1731</sup> HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_02.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_02.htm).

<sup>1732</sup> HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, Feral House, Venice, 1998, ISBN: 0922915490 [Disponible online: <http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt.htm>], [Fecha de visita: 16/10/2014], [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_00.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_00.htm).

<sup>1733</sup> HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_01.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_01.htm).



naturaleza, requiriéndose para ese nivel de devastación explosivos militares<sup>1734</sup>. “A pesar de una montaña de evidencia –declara HOFFMAN- en contra de la teoría de ANFO [del gobierno], el gobierno ha hecho todo lo posible para convencer al jurado y al público de que el edificio Murrah fue destruido por una sola bomba ANFO, por un par de descontentos extremistas de derecha”<sup>1735-1736</sup>.

- *Número de serie del eje:* El número de serie en el eje carbonizado habría encontrándose perfectamente legible y sin alteraciones, en una explosión que por los supuestos elementos empleados, retorció el metal.
- *Investigación desprolija:* Con mucha posterioridad a la ejecución de las sentencias de ambos implicados, entre ellos la ejecución de McVeigh, en Marzo del 2005, y por un dato de un compañero de prisión de Nichols, el FBI allanó la casa de Nichols y encontró más explosivos (ANFO) escondidos en un sótano<sup>1737</sup>. Con diferencia de 10 años, encontraron explosivos que no rastrearon la primera vez que hicieron la pericia.
- *Problemas con los testigos:* Los tres testigos del lugar de renta de automóviles o coches, no estuvieron contestes ni en el número de personas que entró al lugar a la renta del coche sospechoso, ni en la persona del autor material. En el juicio, se hizo desfile de testigos víctimas, padres o familiares de las víctimas, pero no testigos que declararan sobre los hechos en cuestión<sup>1738</sup>, con lo que el discurso planteado por el Fiscal fue más retórico que científico. Existieron testigos que vieron a otros sospechosos diferentes a los acusados y que lo determinarían los videos de las cámaras de vigilancia. De hecho, existieron denuncias por testigos de haber sido presionados por agentes del FBI para no declarar en el juicio<sup>1739</sup>.

HOFFMAN sostiene que el atentado en Oklahoma City (OKC Bombing), fue una tapadera que tuvo como fin, entre otros, el de inculpar a grupos internos de milicias, que sostenía básicamente el principio de vida apartada del gobierno, lo que se traducía en desvinculación y no creencia en el Banco de la Reserva Federal, el no pago legal de impuestos, la libre tenencia de armas, los que en ideas se estaban vigorizando en USA como grupo. Por ello, la insistencia de vincular a McVeigh y Nichols con estos grupos, y teñirlos de una ideología racista y de derechas. El sitio del atentado, esto es el Alfred P. Murrah Federal Building, se habría elegido, como objetivo derivado y secundario, porque en él existían dos grupos de archivos e información que se pretendía eliminar, como era

<sup>1734</sup> Ídem.

<sup>1735</sup> Ídem.

<sup>1736</sup> Existen estudios de las ondas sísmográficas que arrojarían la conclusión que dos trenes de ondas de baja frecuencia captadas por dos sismógrafos el día del atentado, corresponderían a una sola fuente de emisión (HOLZER ET AL, “Seismogram offers insight into Oklahoma City bombing”, Eos, Transactions American Geophysical Union, Volume 77, Issue 41,, 8 October 1996, pp. 393–399, [Disponible online: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1029/96EO00269/abstract?systemMessage=Wiley+Online+Library+will+be+disrupted+on+the+18th+October+from+10%3A00+BST+%2805%3A00+EDT%29+for+essential+maintenance+for+approximately+two+hours+as+we+make+upgrades+to+improve+our+services+to+you>, [fecha de visita: 18/10/2014]). Sin embargo, HOFFMAN, presenta estudios en oposición a ese mismo estudio, y que afirmarían no una fuente sino dos (Vid. HOFFMAN, DAVID, The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_01.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_01.htm)).

<sup>1737</sup> The History Channel, *Oklahoma City Bombing*.

<sup>1738</sup> The History Channel, *Oklahoma City Bombing*.

<sup>1739</sup> Uniensenada.com, Noticias, Jueves 16 de Octubre del 2014, <http://www.uniensenada.com/noticias/estadosunidos/articulo289958.html>, fecha de visita: 16/10/2014.

todo el informe sobre el ataque a Waco a los “davidianos”, y la venta de armas químicas a Irak donde tuvo un papel preponderante George Bush (padre)<sup>1740</sup>.

El OKC Bombing, y bajo estos presupuestos, viene a representar tal vez una prueba más que la manida tesis del autor solitario es, en el gran número de casos, falsa, tal y como lo fue con Harvey Lee Oswald en el asesinato de Kennedy y con la inverosímil tesis oficial o, de la única bala que entra, sale, vuelve a entrar y salir del cuerpo de Kennedy o, de los cuatro disparos de un solo rifle. Esto, sobre todo en operaciones de alta complejidad, que involucran experticia y una gran cantidad de circuitos que elaborar y poner coordinadamente en funcionamiento.

Una metáfora de lo dicho se puede encontrar en el film *Arlington Road* (1999) de Mark Pellington (director) y Ehren Kruger (guión), por el cual se acusa de un ataque terrorista a un edificio del FBI a un profesor universitario con un coche bomba como terrorista solitario, en consecuencia que fue resultado de un ardid de un grupo terroristas organizados. La diferencia apretada de la película en años con el *OKC Bombing* (1995/1999), la exposición del profesor a sus alumnos sobre un atentado en Saint Louis semejante al *OKC Bombing* por un tal “Dean Scobee”, y la referencia a sus alumnos a una matanza de residentes en un bosque con armas (similar a la ocurrida en Waco Texas con los davidianos), puede entenderse como una metáfora política al *OKC Bombing*, lo cual está demás decir, representa un signo de la cultura y de la psiquis colectiva norteamericana. En el guión del film de Ehren Kruger, se lee:

“PROFESOR: Miss O'Neill, la primera vez que escuchó que hubo un ataque terrorista en su propio país, ¿cómo le hizo sentir eso? Venga!! ¿Qué sintió? / SRTA O'Neill: Enojada, asustada y estresada. / PROFESOR: ¿Se sintió a salvo? / SRTA O'Neill: No. / PROFESOR: Y luego, al día siguiente, cuando se enteraron de Scobee había muerto ... sintió un poco de alivio? Se sintió segura? / SRTA O'Neill: (asiente con la cabeza) / PROFESOR: Necesitábamos tener este hombre a quien culpar<sup>1741</sup>. No queremos a otros. Queremos un nombre...y lo queremos rápido... porque eso nos devolverá el respaldo de nuestra seguridad. Podemos decir, “Ese era el único hombre, diferente del resto de nosotros”. Lo nombramos y él dejó de existir. Y sus razones, se han ido también. Pero la verdad es que no sabemos sus razones. No sabemos por qué Scobee lo hizo, por qué se llegó a esto (...), y nunca lo sabremos. Y aún así, nos sentimos seguros...porque sabemos su nombre”<sup>1742</sup>.

La crítica del personaje del profesor está dirigida a la tesis del atentado en solitario, que el iría a representar de forma personal en la historia. Pero igualmente el discurso que se extrae es el de la seguridad/riesgo, y del cómo la conformidad síquica en razón del peligro yace en la vinculación a un culpable, sin que sea necesaria la verdad. Dicho de otro modo, no se necesita la verdad, solo la seguridad.

---

<sup>1740</sup> HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_12.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_12.htm).

<sup>1741</sup> La traducción al español de España del film dice: “Necesitábamos un chivo expiatorio”.

<sup>1742</sup> “TEACHER: Miss O'Neill, when you first heard, the news terrorist attack in your own country, how did that make you feel? Come on!! What did you feel? / MISS O'NEILL: Angry. Scared and stressed. / TEACHER: Did you feel safe? / MISS O'NEILL: No. / TEACHER: And then the next day, when they found Scobee dead...did you feel some relief? Did safety return? / MISS O'NEILL: (say “yes”) / TEACHER: We needed to have, this man to blame. We don't want others. We want one name...and we want it fast...because it gives us, our security back. We can say, “Here was the one man...unlike the rest of us. We named him, and he's no more. And his reasons, they're gone too.” But the truth is, we don't know his reasons. We don't know why Scobee did it, why it came to this. We can pretend we do, (...) and we'll never know. And still, we feel safe... because we know his name” Movie Script Arlington Road, [http://www.springfieldspringfield.co.uk/movie\\_script.php?movie=arlington-road](http://www.springfieldspringfield.co.uk/movie_script.php?movie=arlington-road), fecha de visita: 17/10/2014.

Dos años después del film, vendría un hecho más visible ya, y bajo la administración de G. W. Bush. Así, el terrorista organizador de la conspiración en el film, sería desplazado en la “realidad” por un saudí: es decir, “Oliver Lang” por Osama bin Laden.

### c. Consecuencias en la penalidad

El 24 de abril de 1996, a un año del atentado, el entonces presidente Clinton una ley antiterrorista en el jardín de la Casa Blanca, rodeado por familiares de las víctimas de los atentados de las torres gemelas World Trade Center de Nueva York [la referencia es al primer atentado], y de Oklahoma<sup>1743</sup>. Esta es la *Public Law 104-132* o “Antiterrorism and effective death penalty Act of 1996”, conocida en siglas como AEDPA, y en que se acoge la pena de muerte efectiva para estos casos, como tema más visible para la penalidad.

Con anterioridad a la AEDPA, ya había sido dictada, bajo la administración Clinton, la H.R.97: *Rapid Deployment Strike Force Act*, que crea una Unidad en el FBI que es la “Fuerza de Rápido Despliegue”, que tendría por objetivos “la investigación de los delitos violentos, la delincuencia relacionada con las drogas, las pandillas delictivas, la delincuencia juvenil; y la acción comunitaria para prevenir la delincuencia [ investigation of violent crime, drug-related crime, criminal gangs, and juvenile delinquency; and community action to prevent crime]” (Sección 2 (1) (C) (1), (A) y (B)), que a nivel de las policías estatales se ha visto con desconfianza, ya que el Director Adjunto de la Unidad podría tomar el control de las Unidades Policiales, lo que haría en opinión de Charles Meeks, el entonces director ejecutivo de la Asociación Nacional de Sheriffs (1999), se estuviera creando un Estado Policial Federal<sup>1744</sup>.

En febrero de 1995, el entonces Presidente Clinton ya había presentado en el Congreso el proyecto de Ley general contra el terrorismo, la cual fue después (26 de abril) ampliado por el gobierno y presentado al Congreso una semana después del OKC bombing, solicitando su suma urgencia. Un día después de dicha presentación (27 de abril), los senadores Bob Dole y Orrin Hatch introdujeron un proyecto de ley similar, titulada “Ley de Prevención Integral de Terrorismo de 1995”<sup>1745</sup>.

La AEDPA presenta, diversas introducciones legislativas, tales como, y en general, el aumento de dotación de 1.000 nuevos agentes “anti-terroristas”, entre ellos 190 especialistas en vigilancia; la creación de Unidades, entre ellas, un nuevo centro de contraterrorismo del FBI (Sección 811 (A) (1) (B)), y el “Undercover Safeguard Unit”, con el objetivo de seleccionar una cantidad de agentes encubiertos.

Ahora y en la especie, algunas modificaciones o añadidos al *United States Code* (USC), en derecho penal, son las siguientes:

<sup>1743</sup> *El tiempo*, “Clinton firmó ayer ley contra el terrorismo”, 25 de abril de 1996, Archivo, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-281700>, fecha de visita: 16/10/2014.

<sup>1744</sup> HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_13.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_13.htm).

<sup>1745</sup> BEALL, JENNIFER A., “Are we only burning witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996’s Answer to Terrorism”, *Indiana Law Journal*, Volume 73, Issue 2, Article 17, 1998, pp. 693-710. [Disponible online: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1933&context=ilj>], [fecha de visita: 18/10/2014], pp. 694-695.



- A la conspiración para los delitos considerados en el Capítulo 40 del USC, esto es, la importación, fabricación, distribución y almacenamiento de materiales explosivos, se aplican las mismas penas que “para el delito cuya comisión fue el objeto de la conspiración [for the offense the commission of which was the object of the conspiracy]”, excepto la pena de muerte (Sección 701 de AEDPA, añade letra (N) a la Sección 844 del USC). En primer lugar, existe una modificación de las reglas generales en materia de pena en la conspiración presentada en la Sección 371, por la cual se le impone una pena alternativa de multa y prisión hasta por 5 años, y graduándose según si la conspiración es para impedir aceptar o ejercer un cargo (Sección 372, pena compuesta: multa o prisión no más de 6 años o ambos). En segundo lugar, lo que se presenta aquí, es una equivalencia de pena para la conspiración respecto de los delitos mencionados, con lo cual un acto preparatorio no solo se hace punible, sino además con una pena extremadamente dura, y que en materia de equivalencia escapa en la generalidad, a la regla en materia de equivalencia de penas entre actos preparatorios y los otros actos delictivos de ejecución, que normalmente rebajan en grados para los primeros, las penas de los segundos<sup>1746</sup>. En tercer lugar, existen problemas en el elemento teórico o cognoscitivo del tipo penal “materiales explosivos” (*explosive materials*), puesto que no se determina normativamente su significado de modo conceptual o con cláusula analógica, existiendo una comorbilidad entre la porosidad y la vaguedad de la norma, lo que conllevaría problemas de determinación legal, considerando además la entidad de la pena.
- En los “actos de terrorismo que trascienden las fronteras nacionales [*acts of terrorism transcending national boundaries*]”, sanciona, como delito de peligro e imponiendo una penalidad altísima para el mismo, el asalto con arma peligrosa (*dangerous weapon*), (Sección 702 de AEDPA, añade la Sección 2332b (A)(1)(A) del USC) con la pena de prisión por no más de 30 años (Sección 2332b (c)(1)(D)). Primero, llama la atención la laxitud de la pena, con un marco penal muy extenso, con problemas de determinación legal en este punto. Segundo, existen problemas de determinación legal en el tipo penal y sobre el elemento teórico “arma peligrosa”, no definido y ni considerando cláusulas analógicas, existiendo vaguedad en la norma -sin perjuicio de la posible jurisprudencia norteamericana que pudiese existir sobre el punto-, ya que y por ejemplo, ¿se considerará arma peligrosa un cuchillo de plástico (como dicen que terroristas habrían reducido a un avión entero para los supuestos ataques del 11/S)? Tercero, se concibe un carácter más abstracto de la peligrosidad que concreto, lo cual y por la disposición, no solo la hace entrar en una zona de penumbra gramatical, sino que lo aleja de la evaluación sobre el peligro concreto.
- En mismos actos anteriores (*acts of terrorism transcending national boundaries*), sanciona el delito de amenazas por los delitos introducidos en el N°1 de la Sección 2332b (Sección 702 de AEDPA, añade la Sección 2332b (A)(2) del USC). Sin embargo, la pena tiene un nivel de laxitud grande, considerando como límite máximo hasta los 10 años (Sección 2332b (c)(1)(G)). Ciertamente es también que los delitos por cuya amenaza operaría son de diversa lesividad (secuestro, mutilación, asalto, conspiración), pero el problema es su determinación legal, y el juez podría aplicar para la amenaza de un delito como asalto con arma peligrosa, el máximo, esto es, una pena de 10 años. Por otro lado, dentro de los delitos factibles de

<sup>1746</sup> Ejemplo, Código Penal español: arts. 141, 151, 168, 177 bis N°8, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 579 N°1, 585, 615; Código Penal chileno: arts. 111; Ley N° 18.314: Art. 7° inc. 1°.

amenaza, a lo menos de la descripción legal, está el delito de conspiración. ¿Podría haber, bajo estos supuestos, amenaza de conspirar? No existe aquí al menos, una caracterización de la clase de amenaza a ser considerada en el tipo, ni tampoco referencia reenviatoria y/o supletoria a norma específica sobre la amenaza para ser complementada en sus requisitos típicos. Pero si el terreno gramatical es tan quebradizo como lo expuesto y lábil el piso social norteamericano frente a cualquier opinión que huela a “terrorismo”, alguien que en un arrebato manifestare en público ‘quizá debería poner una bomba’, ¿no podría haber sido acusado de “amenazar” con “conspirar”? Siendo así, esta legislación ¿no se acerca ya a las *cogitationes*?

- En iguales actos anteriores (*acts of terrorism transcending national boundaries*), se sanciona la co-conspiración y el encubrimiento (*co-conspirators and accessories after the fact*), para el caso que al menos uno de los delincuentes se encuentren en situación de haber cometido los delitos de la Sección 2332b (Sección 2332b (2)). La disposición no señala qué debiera entenderse por co-conspiración, o quién es el co-conspirador, pero ya la Suprema Corte de E.E.U.U. se había pronunciado sobre ella en *Pinkerton v/s United States*, conocida como la “Doctrina Pinkerton”, donde el co-conspirador parece ser quien pueda ser declarado responsable por el delito sustantivo de un co-conspirador siempre que el delito era razonablemente previsible y que los conspiradores estaban comprometidos para llevar adelante ese conspiración<sup>1747</sup>. Esto, en *Commonwealth v/s Wayne*, es entendido como que si uno de los conspiradores realiza otros actos delictivos orientados hacia el delito sustantivo, podría responsabilizarse al co-conspirador que ni sabía que esos otros actos delictivos se cometerían y aún si no tomará contacto alguno antes ni después del acto con el conspirador<sup>1748</sup>. Ello provoca problemas de diversa índole, por estimar que se estaría desconsiderando el *mens rea*<sup>1749</sup> y aún en el *actus*

<sup>1747</sup> BENNETT, DALE E.; JOSEPH, CHENEY C., “The Louisiana Criminal Code of 1942 - Doctrinal Provisions, Defenses, and Theories of Culpability”, *Louisiana Law Review*, Volume 52, N°5, Louisiana State University, May 1992, [Disponible online: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol52/iss5/2/>], [Fecha de visita: 17/10/2014], pp. 1099 y ss.; PAULEY, MATTHEW A., “The Pinkerton Doctrine and Murder”, *UNH Law Review*, University of New Hampshire, School of Law, Issue: Volume 4, Number 1, December 2005, pp. 1-43, [Disponible online: <http://law.unh.edu/assets/images/uploads/publications/pierce-law-review-vol04-no1-pauley.pdf>], fecha de visita: 17/10/2014; ANTKOWIAK, BRUCE A., “The Pinkerton Problem”, *Pen State Law Review*, Volume 115, N°3, 2011, pp. 607-639, [Disponible online: <http://www.pennstatelawreview.org/115/3/115%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%203.607.pdf>], [fecha de visita: 17/10/2014]; BRENNER, SUSAN W., “Of Complicity and Enterprise Criminality: Applying Pinkerton Liability to RICO Actions”, *Missouri Law Review*, Volume 56, Issue 4 Fall 1991, pp. 1-84, <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3059&context=mlr>, [fecha de visita: 17/10/2014]; KREIT, ALEX, “Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton”, *American University Law Review*, Vol. 57 N°3, february 2008, pp. 585-639, [Disponible online: <http://americanuniversitylawreview.com/pdfs/57/57-3/kreit.pdf>], [fecha de visita: 17/10/2014].

<sup>1748</sup> En *Commonwealth v/s Wayne* se expresa: “La regla general de la legislación relativa a la culpabilidad de los conspiradores es que cada miembro individual de la conspiración es penalmente responsable de los actos de sus co-conspiradores cometidos en fomento de la conspiración. La regla de co-conspirador asigna culpabilidad legal por igual a todos los miembros de la conspiración. Los conspiradores son responsables por los actos realizados en cumplimiento de la conspiración independientemente de su conocimiento individual de tales acciones e independientemente de qué miembro de la conspiración se comprometió a la acción. La premisa de la regla es que los conspiradores se concertaron para un propósito ilegal, y por lo tanto, comparten la intención de cometer cualquier acto realizado con el fin de alcanzar dicho objetivo (...) Es la existencia de intención criminal común la que “es la condición sine qua non de un conspiración” [trad. nuestra] (ANTKOWIAK, BRUCE A., “The Pinkerton Problem”, p. 612).

<sup>1749</sup> ANTKOWIAK, BRUCE A., “The Pinkerton Problem”, p. 613; KREIT, ALEX, “Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton”, p. 589.

*reus*<sup>1750</sup>, también haciendo a un sujeto responsable de hechos de forma representada, que sería, como KREIT señala, atribuir un delito a un acusado bajo una teoría de responsabilidad vicaria<sup>1751</sup>. De aplicar la norma de la co-conspiración de la Sección 2332b (2), los problemas de preterintencionalidad son relativamente evidentes<sup>1752</sup>, y aquí ya el problema no son las *cogitationes* y con ello los extremos de un desvalor de la acción, sino el *versari in re illicita* y los extremos del desvalor del resultado hacia responsabilidad puramente objetiva y la imputación vicaria por hechos aún culposos<sup>1753</sup>.

- La Sección 303 de AEDPA añade un tipo penal criticado, como el de la Sección 2339B (a) (1) del USC, esto es “el que a sabiendas proporcione apoyo material o recursos a una organización terrorista extranjera, o intente o conspire para hacerlo (...) y si no se produce la muerte de una persona [*Whoever knowingly provides material support or resources to a foreign terrorist organization, or attempts or conspires to do so (...) if the death of any person results*]”, a lo cual se señala la pena disminuida en este último caso. Se ha criticado esta disposición por que se penaliza el apoyo de organizaciones extranjeras que se dedican a objetivos pacíficos y legítimos tales como el suministro de ayuda humanitaria, con lo que infringen derechos amparados bajo la Primera Enmienda (de la Constitución de E.E.U.U.) y del debido proceso<sup>1754</sup>, señalándose que la “prohibición de la recaudación de fondos es una restricción inconstitucional la libertad de expresión y de asociación”<sup>1755</sup>. Incluso se pone en tela de juicio la cláusula “si no se produce la muerte de una persona”, lo que conlleva a determinar que en el caso contrario y descrito en la primera parte de la Sección 303, de producirse muerte se imputa una responsabilidad objetiva en los términos ya planteados en la “Doctrina Pinkerton”<sup>1756</sup>.
- En general, se elevan las penas por delitos terroristas, de 2 a 5, 1 a 5, 3 a 7, 5 a 10, 1 a 10, 5 a 15 años de prisión (Sección 705 AEDPA en relación a las Secciones 755, 756, 1113, 2332, 46505 de USC). Independientemente de las figura comprometidas, en promedio las penas aumentan en un 300% en el límite máximo del tiempo de privación de libertad.
- Se introduce la sanción (Sección 706 AEDPA a la Sección 844 del USC), y como delito de peligro abstracto, al “que transfiere a sabiendas cualquier material explosivo, sabiendo o teniendo motivos razonables para creer que tales materiales explosivos se utilicen para cometer un delito de violencia (...) o delito el tráfico de drogas [*Whoever knowingly transfers any explosive materials, knowing or having reasonable cause to believe that such explosive materials will be used to commit a crime of violence (...) or drug trafficking crime* ]”. En primer lugar, se sanciona básicamente el transportar material explosivo, pero en segundo lugar, se equipara en pena, y por ende su valoración de la gravedad, al transporte de droga para

<sup>1750</sup> PAULEY, MATTHEW A., “The Pinkerton Doctrine and Murder”, p. 2.

<sup>1751</sup> KREIT, ALEX, “Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton”, p. 616 y ss.

<sup>1752</sup> Que igualmente lo refiere la doctrina penal norteamericana, por ejemplo, en KREIT, ALEX, “Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton”, p. 586.

<sup>1753</sup> *Ibíd.*, p. 589.

<sup>1754</sup> *Ibíd.*, p. 590.

<sup>1755</sup> BEALL, JENNIFER A., “Are we only burning witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996’s Answer to Terrorism”, p. 700.

<sup>1756</sup> KREIT, ALEX, “Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton”, pp. 590-591.

tráfico, no considerando para este caso el elemento subjetivo del primer delito, por ser específico al primero.

Fuera de las mencionadas, existen otras regulaciones que dispone la Sección 810 de la AEDPA ya relativas al ámbito de la vigilancia policial.

En ellas se encomienda al Fiscal General y al Director de la Oficina de Investigación Federal, entregar dentro de los 90 días posteriores a la promulgación de la Ley, de un Informe sobre “todas las leyes y directrices aplicables relativa a la vigilancia electrónica y el uso de registros de llamadas y otros dispositivos” (Sección 810(A)), y para efectuar “recomendaciones para el uso de dispositivos electrónicos orientados a la vigilancia de terrorismo u otra organización criminal y para cualquier modificación en la ley necesarias para permitir al Gobierno Federal” la vigilancia, dentro del marco constitucional (Sección 810(B) (2))<sup>1757</sup>.

Otra interesante mención es la Sección 302 de la AEDPA que añade la Sección 219 al USC, y que, para efectos de Inmigración y Ley de Nacionalidad, regula la “designación” de una organización como terrorista, otorgando permisos al Secretario de la Oficina respectiva para dicha designación.

#### d. Críticas surgidas por la dictación de la AEDPA

HOFFMAN, opina de modo general que, “al igual que el fuego Reischtag, el atentado de Oklahoma City sirvió como catalizador para imponer una nueva ola de legislación draconiana contra el pueblo estadounidense (...) el Gobierno Federal podría apuntar a una nueva “amenaza terrorista” en medio de nosotros, a la vez de poder detener eficazmente y con éxito la disidencia política, abogando por una nueva oleada entera de leyes y regulaciones que amenazan con hacer acabar con lo poco de las libertades estadounidenses que no han dejado”<sup>1758</sup>.

BEALL, en un artículo científico que vinculando su título a la precitada Ley, y a las circunstancias de su dictación realiza una sugestiva pregunta “¿Solo estamos quemando brujas?” (“Are we only burning witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996's Answer to Terrorism”)<sup>1759</sup>.

Encuentra, en la generalidad, que hubo un apresuramiento en la dictación de la ley, que tanto el Presidente como el Congreso podrían haber estado sacrificando las libertades constitucionales por dar una solución rápida al tema del terrorismo, señala que los legisladores esquivaron la Constitución en un momento en que las personas estaban muy traumatizadas para darse cuenta, y que se han restringido los derechos constitucionales bajo el pretexto de la seguridad nacional.

Describe además muchas semejanzas con el período de la guerra fría, sobre todo en el “miedo y la reacción exagerada” a cualquier evento<sup>1760</sup>. Durante ese período se habrían ampliado algunas leyes (*Espionage Act of 1917*, *Sedition Act of 1918*) y dictado bastantes otras que desconocían derechos constitucionales, tales como la *Alien*

<sup>1757</sup> “recommendations for the use of electronic devices in conducting surveillance of terrorist or other criminal organizations, and for any modifications in the law necessary to enable the Federal Government”.

<sup>1758</sup> HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_14.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_14.htm).

<sup>1759</sup> BEALL, JENNIFER A., “Are we only burning witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996's Answer to Terrorism”, p. 693.

<sup>1760</sup> *Ibíd.*, p. 698.

*Registration Act* (the "Smith Act"), la *McCarran Act* 1950 sobre restricciones a miembros del partido comunista.

Señala finalmente la autora lo siguiente:

"El curso de acción del Congreso y del Presidente eligió al promulgar la AEDPA no es "el curso de acción de personas fuertes, seguras y libres, sino la del miedo, la inseguridad, la intolerancia". Obviamente no han aprendido nada del pasado, ya que han respondido a "la última atrocidad" resucitando prohibiciones penales ante la protección de la libertad de expresión, la doctrina de la culpabilidad por asociación, y violaciones del debido proceso en los procedimientos de deportación. Pero la supresión de hoy va aún más lejos que las reacciones anteriores del país al comunismo. Prácticamente no hay límite para el número de grupos impopulares, incluyendo a menudo, los ciudadanos inocentes que respetan la ley y los residentes extranjeros, que pueden ser afectados por la AEDPA. Una vez más, en las palabras del juez Black, "cuando la práctica de los partidos y diversos grupos públicos comienza a prohibirse, nadie puede decir dónde esto va a terminar"<sup>1761</sup>.

ORYE III, por su parte, señala una crítica sobre la regulación del *habeas corpus* de la Sección 2255, dejando a entrever la imprecisión de la ley que se demuestra en el sinnúmero de sentencias que expresan criterios distintos, y encontrando que de pronto no existen justificaciones para reducir dicho derecho, estimado como de los más preciados por la tradición constitucionalista estadounidense<sup>1762</sup>.

Sobre el mismo punto O'BRYANT, quien critica la regulación del *habeas corpus* hoy con la AEDPA, estimando que esta minó la capacidad de los reclusos para realizar peticiones federales basadas en el *habeas corpus*. Como resultado de esto, muchas personas encarceladas en los sistemas penitenciarios estatales son incapaces de obtener la revisión federal de posibles violaciones constitucionales, simplemente porque no pueden permitirse el lujo de contratar a un abogado para, en su nombre, continuar con los trámites posteriores a la condena. Señala que las disposiciones de la AEDPA relativas al *habeas corpus* debieran ser derogadas, porque pareciese que éstas fueron dictadas con el propósito que ningún preso de escasos recursos o presos sin educación o con trastornos mentales, o un bajo nivel de educación, pudiese obtener una revisión significativa de las violaciones constitucionales en su contra<sup>1763</sup>.

---

<sup>1761</sup> Ibid., pp. 709-710.

<sup>1762</sup> ORYE III, BENJAMIN R., "The Failure of Words: Habeas Corpus Reform, the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, and When a Judgment of Conviction Becomes Final for the Purposes of 28 U.S.C. 2255(1)", *Williams & Mary Law Review*, Volume 44, Issue 1, Article 8, 2002, pp. 441-485. [Disponible online: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=wmlr>], [fecha de visita: 18/10/2014].

<sup>1763</sup> O'BRYANT, THOMAS C., "The great unobtainable writ: indigent pro se litigation after the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996", *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 41, N°2, 2006, pp. 299-337. [Disponible online: [http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41\\_2/obryant.pdf](http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41_2/obryant.pdf)], [fecha de visita: 18/10/2014]. Vid. Igualmente entre otros varios que señalan una crítica al *habeas corpus* bajo la AEDPA, SHAY, GIOVANNA; LASCH, CHRISTOPHER, "Initiating a new constitutional dialogue: The increased importance under AEDPA of seeking certiorari from judgments of state courts", *Western New England University School of Law, Faculty Scholarship, Faculty Publications* 2008, pp. 208-265. [Disponible online: <http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=facschol>], [fecha de visita: 18/10/2014]; SLOANE, ROBERT D., "AEDPA's 'Adjudication on the Merits' Requirement: Collateral Review, Federalism, and Comity", *St. John's Law Review*, Volume 78, Issue 3, Summer 2004, Article 10, pp. 615-662. [Disponible online: <http://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1298&context=lawreview>], [fecha de visita: 18/10/2014].

### 3. LOS ATAQUES DEL 11/S USA (2001)

#### a. Hechos puestos en cuestionamiento

No haremos descripción aquí del evento, ya que entendemos ser ya conocido. Por ende, nos concentraremos en las ideas y/o hechos expuestos que van en un sentido contrario a la tesis oficial de los aviones estrellados, y que podríamos decir que en la medida en que los años avanzan, ésta tesis va ganando más fuerza por la consistencia lógica de la argumentación y en su correspondencia con los hechos.

En primer lugar, expondremos *grosso modo*, las consideraciones científicas para desechar la tesis oficial.

- *Cuestionamiento a la causa del derrumbe de las Torres:*

En el trabajo de HARRIT y otros<sup>1764</sup> se concluye, después de un riguroso trabajo científico y pruebas químicas, que el colapso de las Torres se debió a la acción de explosivos y no a impacto de avión alguno.

En efecto, los investigadores hacen un examen de muestras del polvo recogido del derrumbe de la Torres Gemelas en Manhattan, desde 4 puntos cercanos a dicho derrumbe, analizadas mediante escaneo de microscopio electrónico. Del análisis de muestra se obtuvo esquirlas rojo-gris, que fueron sometidas a una serie de pruebas (empape en metil etil ketona, análisis térmicos usando calorimetría por escaneo diferencial, ignición con llama) que arrojaron una alta composición de hierro, aluminio, sílice, carbono y oxígeno, en composición idéntica a la nano-termita, elemento que se utiliza para la fabricación de explosivos. Pero dado a su densidad y estructura (gránulos ultrafinos íntimamente mezclados) corresponderían más bien a la llamada super-termita o nanocompuesto energético. Este último sería un explosivo de alta tecnología que se encontraba ya disponible como tecnología desde Abril del 2000 por EUA, cuya liberación de energía es mayor que la termita ordinaria. Es así como se concluye lo que sigue: "Basándonos en estas observaciones, llegamos a la conclusión de que las capas rojas de las esquirlas rojo/gris que hemos descubierto en el polvo generado en el WTC, es material termítico activo sin reaccionar que incorpora tecnología nanotermítica, y se trata de un material energético, pirotécnico y explosivo"<sup>1765</sup>. Por otro lado, junto a las Torres Gemelas, es la Torre 7 quien también cae sin ser impactada por avión, cosa que no es explicable por impacto de avión alguno, y sí lo sería por la tesis de la presencia de nanotermita.

---

<sup>1764</sup> Vid. HARRIT, NIELS H.; FARRER, JEFFREY; JONES, STEVEN E.; RYAN, KEVIN R.; LEGGE, FRANK M.; FARNSWORTH, DANIEL; ROBERTS, GREGG; GOURLEY, JAMES R.; LARSEN, BRADLEY R., "Active Thermitic Material Discovered in Dust from the 9/11 World Trade Center Catastrophe", *The Open Chemical Physics Journal*, Nº 2, 2009, pp. 7-31.

<sup>1765</sup> "Based on these observations, we conclude that the red layer of the red/gray chips we have discovered in the WTC dust is active, unreacted thermitic material, incorporating nanotechnology, and is a highly energetic pyrotechnic or explosive material" (HARRIT, NIELS H. ; FARRER, JEFFREY ; JONES, STEVEN E. ; RYAN, KEVIN R. ; LEGGE, FRANK M. ; FARNSWORTH, DANIEL ; ROBERTS, GREGG ; GOURLEY, JAMES R. ; LARSEN, BRADLEY R. , "Active Thermitic Material Discovered in Dust from the 9/11 World Trade Center Catastrophe", p. 30).

Esta tesis podría verse corroborada por los estudios de WU, M. y otros<sup>1766</sup>, según los cuales, se habría detectado una enfermedad pulmonar común en los socorristas de personas víctimas del derrumbe de las Torres por respiración del polvo producto de dicho derrumbe, en los cuales se encontró en los pulmones de los socorristas, presencia de “nanotubos de carbono” (CNT), silicato de magnesio y de aluminio, del mismo modo que las muestras encontradas por HARRIT y otros, y que forman parte del explosivo militar “nanotermita”<sup>1767</sup>.

Este estudio de HARRIT y otros, que es un trabajo emblemático, es sin embargo uno de muchos otros, los cuales no han ido en la dirección de la opinión oficial, sino por el contrario han concluido en la tesis de una demolición controlada o de un colapso progresivo de los edificios del WTC (World Trade Center), como así lo expresa el trabajo de EASTMAN, TIMOTHY E.; COLE, JONATHAN H.<sup>1768</sup>.

En él se expone que a casi 12 años del derrumbe de los edificios (el trabajo de los autores es del 2013), no existe adhesión a la tesis oficial, sin existir una versión definitiva; que existen más estudios científicos reducidos a artículos revisados por pares académicos que contrarían la tesis oficial; que como los propietarios de edificios con estructura de acero idéntica a los del WTC o jurídicamente interesados, no han cambiado sus contratos de seguro en orden a incorporar cláusulas que los aseguren del colapso por fuego (que es la tesis oficial), indicaría que no se inclinan por esta última hipótesis; que existen trabajos en física que señalan que para ser cierta la tesis oficial tendría que los hechos ser infringidas las leyes físicas; que existen 1877 arquitectos e ingenieros certificados que, a través de estudios, cuestionan la tesis oficial del colapso por fuego en el WTC.

Por otro lado se encuentra el estudio de A. ROUSSEAU<sup>1769</sup>, quien, analizando las ondas sísmicas del evento, concluye que por la naturaleza y frecuencia de las mismas, fueron incuestionablemente originadas por explosivos, y nunca solo por el derrumbe o una probable caída de avión.

Se analiza además por los expertos el argumento del derrumbe por fuego en el impacto. Para comenzar, todos los materiales dentro de dichos edificios eran anti-ígneos, de la revisión por los expertos de las imágenes captadas en el sitio del suceso se observa que la combustión era lenta, por ende el fuego era de baja temperatura; el acero puede continuar indefinidamente sometido a un calor de 400° C, y nunca doblar el acero ni menos fundirlo. Sin embargo como resultado del derrumbe, habían riachuelos de acero fundido y azufre, lo que la tesis oficial atribuyó al sulfato de calcio, pero no existe ninguna manera en que el sulfato de calcio se transforme químicamente en azufre. La única

---

<sup>1766</sup> WU, MAOXIN; GORDON, RONALD E.; HERBERT, ROBIN; PADILLA, MARIA; MOLINE, JACQUELINE; MENDELSON, DAVID; LITTLE, VIRGINIA; TRAVIS, WILLIAM D.; GIL, JOAN, “Case Report: Lung disease in World Trade Center responders exposed to dust and smoke: Carbon nanotubes found in the lungs of World Trade Center patients and dust samples”, *Environmental Health Perspectives*, Vol. 118, N°. 4, Apr. 2010, pp. 499-504. [Disponible online: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2854726/>], [fecha de visita: 22/09/2014]. La tesis de sus congruencias se debe a EASTMAN, TIMOTHY E.; COLE, JONATHAN H., “WTC Destruction: An Analysis of Peer Reviewed Technical Literature 2001-2012”, *Journal of 9/11 Studies*, Volume 37, April 2013, pp. 1-16. <http://www.journalof911studies.com/resources/2013EastmanColeVol37Apr.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014, p. 7.

<sup>1767</sup> Cfr. los trabajos antes aludidos.

<sup>1768</sup> EASTMAN, TIMOTHY E.; COLE, JONATHAN H., “WTC Destruction: An Analysis of Peer Reviewed Technical Literature 2001-2012”.

<sup>1769</sup> ROUSSEAU, ANDRÉ, “Were Explosives the Source of the Seismic Signals Emitted from New York on September 11, 2001?”, *Journal of 9/11 Studies*, Volume 34, November 2012, pp. 1-23, <http://www.journalof911studies.com/resources/RousseauVol34November2012.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014.



explicación posible es thermita como explosivo, porque ésta es la única que licua el acero a una temperatura de 2.480° C<sup>1770</sup>.

Otro aspecto no menos importante, y que consiste en una tesis incuestionable, es el por qué de la caída del World Trade Center 7 o Edificio 7, el cual no fue impactado avión alguno, ni tampoco hubo algún tipo de transmisión de energía hacia ella que justificara su derrumbe, sin embargo se derrumbó en aproximadamente 7 segundos, habiendo cumplido en su construcción todas las normativas y estándares exigidos. La tesis oficial habría declarado que el fuego en algunas oficinas, provocó el derrumbe, pero ningún fuego pudo haber llegado a dicho edificio porque estaba a una distancia de un campo de fútbol de los dos derrumbados, y en la experiencia de peritos, ningún edificio ha colapsado por fuego, menos cayendo con prácticamente una resistencia "0" en su estructura como en caída libre, y con supuestos daños asimétricos en contraposición a un derrumbe completamente simétrico. Todo esto contraría todas las leyes físicas. Los expertos independientes concluyen en un 100% que el derrumbe se debió a una demolición controlada<sup>1771</sup>.

- *No mantención de los escombros para investigación:*

Las 400 cargas de camión de escombros que quedaron del derrumbe, fueron enviados a China para reciclaje, cuestión por la cual se violaron los protocolos en un procedimiento normal y estandarizado de investigación en materia de fallos técnicos, y además leyes sobre evidencia. No hubo revisión de dichos escombros por peritos de ninguna clase<sup>1772</sup>.

- *El no cumplimiento de rutinas y protocolos del sistema de defensa norteamericano el 11/S*

Cuando aviones de cualquier tipo salen de sus rutas de vuelo programadas, el sistema de defensa se activa, por lo cual despegan al menos 4 aviones de reconocimiento a efecto de inspeccionar el avión para obligarlo a retomar su curso, o a descender o definitivamente y como última acción, derribarlo<sup>1773</sup>.

- *Reclamos por las investigaciones de la Comisión de Investigación del 11/S como obstructiva y parcial en la investigación y conclusiones*

Las investigaciones posteriores sobre el 11/S que fue reducido en un documento de la Comisión de Investigación del 11/S formada en noviembre del 2002, fue a instancias y presión en los medios de comunicación por los familiares unidos de las víctimas. El Gobierno destinó 3 millones de dólares primero que fueron luego, por reclamo de los familiares de las víctimas, ascendido a 14 millones. Para los escándalos del ex presidente Clinton y Mónica Lewinsky se destinaron 300 millones de dólares para investigación. Para

---

<sup>1770</sup> 911expertsspeakout.org, Architects & Engineers for 9/11 Truth, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=k2xlbXHhVSs>], [fecha de visita: 28/10/2014].

<sup>1771</sup> Ídem.

<sup>1772</sup> Ídem.

<sup>1773</sup> Global vision, "9/11 Press for Truth", Banded Artist Productions, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=kazQwSHzRs0>], [fecha de visita: 29/10/2014].



la revisión de los documentos oficiales el gobierno no autorizó a que todos los miembros de la comisión revisaran dichos documentos sino que autorizó a dos miembros designados por el a que los revisaran, quienes fueron, el Director Ejecutivo de la Comisión Philip Zelikow, funcionario del gobierno de transición del entonces Presidente G. W. Bush, redactor del memorando de conformación del Consejo de Seguridad Nacional bajo la administración Bush y redactor del documento sobre estrategia preventiva en la guerra de Irak; y Jamie Gorelick, ex Fiscal general bajo la administración Clinton. Pese a los reclamos del resto de los comisionados y de la familia de las víctimas por conflicto de intereses, ni los comisionados renunciaron ni fueron removidos<sup>1774</sup>.

- *La timeline de Paul Thompson*

En una investigación independiente en la Universidad de Stanford, Paul Thompson estableció una metodología en la lectura investigativa de noticias del 9/11 a través de una línea de tiempo la cual iba colocando los hechos noticiosos relacionados en una secuencia temporal. El fundamento consistía en que existen hechos públicos y que se notician y que es posible acceder, y establecer un orden cronológico para desde allí, obtener una narrativa distinta a cómo se proporcionan las noticias normalmente, esto es, desconectadas, y como toma conocimiento el público, esto es, como un observador casual<sup>1775</sup>. Con ello descubrió que existieron denuncias de árabes que había sido reclutados para manejar aviones y estrellarlos en centros neurálgicos, tales como el pentágono u otros edificios. Uno de ellos fue entrevistado por la televisión norteamericana (CNN), y a los agentes que lo tenían en custodia recibieron la orden de soltarlo y olvidarse de ello. Una vez producido el 11/S las autoridades gubernamentales (G.W. Bush, Dick Cheney, Condoleezza Rice), declararon que un hecho de esas características ni se había imaginado por las autoridades, ni había antecedente alguno de que pudiese ocurrir<sup>1776</sup>. Esto muestra inmediatamente una irregularidad e incoherencia en los hechos, que sitúa a las autoridades, a lo menos, en una línea delgada que separa la negligencia inexcusable de dolo eventual.

De modo general, existen como resultados de los estudios científicos, fallas en la coherencia de la verosimilitud, a expresarse.

En efecto, de los estudios científicos, para el caso del derrumbe en el World Trade Center, es posible deducir cuál es la normalidad y regularidad de los hechos, para casos que pudieren entenderse en la probabilidad. Esto se dice de este modo, porque no es la normalidad de los casos en que aviones choquen contra edificios, pero las pruebas científicas establecen cuál es la normalidad probable del resultado, para casos como el descrito, y que importan cierta lógica, por ejemplo:

- Si algo impacta un edificio, la normalidad es que éste no se derrumba.
- La normalidad de una caída de edificios como el presenciado en las Torres Gemelas, es una demolición.
- Si existen tres edificios como las Torres Gemelas y la Torre 7, y dos son impactados (Torres Gemelas), no se derrumban 3 de ellos (Torres Gemelas más

---

<sup>1774</sup> Ídem.

<sup>1775</sup> Ídem.

<sup>1776</sup> Ídem.; Igualmente en [http://www.historycommons.org/project.jsp?project=911\\_project](http://www.historycommons.org/project.jsp?project=911_project), [fecha de visita: 29/10/2014].

Torre 7), cuando solo dos aparecen como impactados, y sin que el 3 (Torre 7) no reciba contacto alguno.

- Si un avión impacta algo, lo normal es que el mayor número de partes del avión subsista. En este caso, no se recuperó nada, ni para el caso de los aviones impactados en las Torres, como en el caso del avión estrellado en el Pentágono.
- Si un avión intenta cruzar espacios aéreos no autorizados, lo normal es que se impele a que tomen otro curso, y en su defecto, a derribarlo en caso de no responder a la advertencia. Dicha normalidad, en el espacio aéreo más custodiado del planeta, no ocurrió.

De ahí que LEGGE exprese: “El examen de los informes oficiales de los acontecimientos del 9/11 revela graves deficiencias (...) Los informes producen *distorsiones en las percepciones del público* [“distortions in the public perceptions”] sobre los acontecimientos y dieron lugar a ser desviados del proceso político”<sup>1777</sup> [el resaltado es nuestro].

Todas éstas son incoherencias que afectan la verosimilitud de la tesis oficial. De ahí que existan diversas opiniones contrariándola.

Es así como MEYSSAN, refiere los ataques del 11/S como “montaje”, determinando las explicaciones oficiales como “confusas y contradictorias”, y como “propaganda”, después de un análisis de la evidencia presentada, y de la contrastación con los hechos ocurridos<sup>1778</sup>.

En similar sentido TARPLEY, quien atribuye el atentado a la Industria Militar de EUA y a organismos de inteligencia de diversos países, señalando todo el fenómeno como “encubrimiento” y “mito monstruoso” (“monstrous 9/11 myth”), a lo cual agrega: “Rechazo la explicación sociológica *naïve* del terrorismo. Esta perspectiva dice que la miseria, opresión y desesperación dan lugar a las organizaciones terroristas que espontáneamente expresan estos estados de ánimo subyacentes. Pero vivimos en una era en la cual la realidad política y social es incesantemente manipulada por enormes e invasivas agencias de inteligencia –CIA, FBI, MI-6, FSB, (KGB), Mossad, BND, SDECE, SISMI y otras- cuyo efecto acumulativo es *para sobredeterminar o subdeterminar la observación de la realidad*”<sup>1779</sup> [el resaltado es nuestro].

En opinión vertida a la prensa por el Senador italiano Francesco Cossiga señalaba: “Todos los círculos democráticos de América y Europa, con los de la vanguardia del centro de Italia, ahora sabemos bien que el desastroso ataque [11/S] fue planificado y llevado a cabo por la CIA y el Mossad con la ayuda del mundo sionista para

---

<sup>1777</sup> LEGGE, FRANK, “9/11 – Evidence Suggests Complicity: Inferences from Actions”, *Journal of 9/11 Studies*, Volume 1, June 2006, pp. 1-27. [http://www.journalof911studies.com/articles/Journal\\_3\\_Complicity\\_inferences21.pdf](http://www.journalof911studies.com/articles/Journal_3_Complicity_inferences21.pdf), fecha de visita: 23/09/2014, p. 1.

<sup>1778</sup> MEYSSAN, THIERRY *La terrible impostura: 11 de septiembre de 2001: ningún avión se estrelló en el Pentágono* [trad. ARIADNA MARTÍN SIRAROLS], El Ateneo, Buenos Aires, 2004.

<sup>1779</sup> “I reject the *naïve* or sociological explanation of terrorism. This approach says that misery, oppression, and desperation give rise to terrorist organizations which spontaneously express these underlying moods. But we live in an era in which political and social reality are incessantly manipulated by huge and pervasive intelligence agencies – CIA, FBI, MI-6, FSB (KGB), Mossad, BND, SDECE, SISMI and the like – whose cumulative effect is to over- determine or sur-determine observed reality” (TARPLEY, WEBSTER, *9/11 Synthetic Terror: Made in USA*, 4ª edición, Progressive Press, Joshua Tree, Calif, 2007, p. 10). Igualmente Vid. GRIFFIN, DAVID RAY, *The new Pearl Harbor revisited: 9/11, the cover-up, and the exposé*, Northampton, Mass., Olive Branch Press, 2008; GRIFFIN, DAVID RAY, *The mysterious collapse of World Trade Center 7: why the final official report about 9/11 is unscientific and false*, Northampton, Mass., Olive Branch Press, 2010.

acusar a los países árabes y de persuadir a las potencias occidentales a intervenir en Irak y en Afganistán<sup>1780</sup>.

GANSER, expresa al respecto:

“Los historiadores de hoy y en los próximos años se enfrentan a una tarea difícil: se debe escribir la historia de los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, lo que escriban será de enseñanza en las clases de historia. Pero ¿qué van a escribir? ¿Van a escribir que Osama Bin Laden envió 19 musulmanes a lanzar un ataque sorpresa en los EE.UU.? ¿O escribirán que la administración del presidente George W. Bush fue responsable del ataque, ya sea armándolo o deliberadamente permitiéndolo con el fin de producir un shock en la población de EE.UU. y así crear un pretexto para aumentar el gasto militar y atacar Afganistán e Irak? (...) “Los dos argumentos principales en contra de la opinión de que los atentados del 9/11 fueron influenciados por el gobierno de Estados Unidos y sus fuerzas armadas han sido argumentos *a priori*. Uno de ellos es que los gobiernos civilizados occidentales en general, y el gobierno de Estados Unidos en particular, nunca haría una cosa tan atroz. El otro argumento *a priori* principal es que si se llevaron a cabo los ataques del 9/11 por las fuerzas dentro del propio gobierno de los Estados Unidos, este hecho no podría haberse mantenido en secreto durante tanto tiempo. La información de este artículo muestra que tanto uno y otro argumento podrían, en el mejor de los casos, ser puestos en duda”<sup>1781</sup>.

#### **b. Motivos probables del ataque**

En suma, una probabilidad importante de ser estos resultados de la *estética política*.

De ahí que la veracidad en las expresiones del poder político, de la *lógica policial*, puede ser, a lo menos, puesta entre paréntesis y cuestionada.

Ahora bien, y si razonáramos en torno a esta tesis, ¿cuál sería la motivación de este acto de *estética política*?

Entendemos que por las consecuencias producidas a nivel político interno y externo de este hecho, sin duda nos encontramos a boca de jarro con el *ego conquiro* maquiaveliano, es decir, conquistar, extender la conquista, como política externa, y en cuanto política interna, extender el poder político en la sociedad.

Pero igualmente no sería locura ni fantasía aludir fines económicos. De hecho, y pensando desde las consecuencias o efectos del 11/S/USA, fue una de las ganancias del poder central, de la industria militar y de inversores estadounidenses. Así lo señalan GARCÍA REYES y RONQUILLO JARILLO:

“...lo que realmente pretendían los estrategas estadounidenses era asumir el control de estas regiones y, al mismo tiempo, desplazar de ellas a las competidoras de sus transnacionales, sobre todo a las europeas y asiáticas, que se habían instalado ahí con el objetivo de aprovechar las ventajas comparativas de estas regiones. Vale la pena destacar que algunas de estas regiones, por haber permanecido en la zona de influencia de la URSS, contaban con un alto grado de desarrollo económico e incluso tecnológico, razón por la cual resultaban

<sup>1780</sup> Entrevista a Francesco Cossiga, *Corriere della sera*, Política, 7 de noviembre 2010, [Disponible on line: [http://www.corriere.it/politica/07\\_novembre\\_30/osama\\_berlusconi\\_cossiga\\_27f4ccee-9f55-11dc-8807-0003ba99c53b.shtml](http://www.corriere.it/politica/07_novembre_30/osama_berlusconi_cossiga_27f4ccee-9f55-11dc-8807-0003ba99c53b.shtml)]; [Fecha visita: 27/09/2010].

<sup>1781</sup> GANSER, DANIELE, “The “Strategy of Tension” in the Cold War Period”, *Journal of 9/11 Studies*, Volume 39, May 2014, p. 1 y p. 19.

atractivas para el capital transnacional, sobre todo el de origen estadounidense<sup>1782</sup>.

Se ha investigado igualmente ciertos negocios especulativos en la bolsa y en el mercado del oro, que por actividades anteriores pero cercanas en tiempo al 11/S -incluso en el 7/J en Londres-, obtuvieron con posterioridad a él cuantiosas ganancias. Al ser descubiertos tales flujos, se han asociado a la posibilidad que los mismos terroristas, entre ellos Bin Laden y su familia, pudiesen haber invertido en la bolsa y comprado<sup>1783</sup>. Otras opiniones van en señalar que por los vínculos de la familia Laden con la familia Bush, probado por la existencia del "Carlyle Group" que administra los fondos financieros de la familia Laden y donde los Bush son socios financieros, los beneficiarios económicos del 11/S fueron este grupo<sup>1784</sup>.

Si ha de ser cierta esta tesis, varias consecuencias, respecto de nuestro estudio, habrían de presentarse.

Al involucrar no solo intereses económicos personales sino que ellos involucren un beneficio económico a nivel de la *lógica policial*, representaría una política-económica, ya que de ser ésta expresada diáfana o subrepticamente, de igual modo es política económica. La infraestructura aunque ya de modo directo y nada condicionado, incide en la superestructura, con lo que lo económico se presenta como un nodo para afectar la relación con otro nodo como lo es la penalidad. Con lo que la afección podría haber sido igualmente de forma vertical (de la infraestructura a la superestructura) y de ahí horizontalmente (de lo político a la penalidad).

Lo que ocurre aquí, si razonamos sobre esta línea, que el derribe de todo proteccionismo o presencia del Estado en los países invadidos como Afganistán e Irak, deja de existir como consecuencia de la invasión, el cual liberalizó la economía del petróleo y otras áreas económicas en dichos países, dejando que inversores libremente se hicieren posesión de los recursos.

### c. Actitud política post-11/S de USA

#### • *Actitud en la política externa*

En la política externa, y a raíz del 11/S, se producen fenómenos como la doctrina de la llamada "guerra preventiva" o también llamada "doctrina Bush", y consecuentemente, la invasión a Afganistán e Irak.

Para CARO GARZÓN, "la doctrina Bush de la guerra preventiva es un sobre-esfuerzo por darle apariencia de juridicidad a una conducta que, a la luz del sistema

---

<sup>1782</sup> GARCÍA REYES, MIGUEL; RONQUILLO JARILLO, GERARDO, *Estados Unidos, petróleo y geopolítica: las estrategias petroleras como un instrumento de reconfiguración geopolítica*, p. 36.

<sup>1783</sup> BUESA, MIKEL; BAUMERT, THOMAS; VALIÑO, AURELIA; HEIJS, JOOST; GONZÁLEZ GÓMEZ, JAVIER, "¿Pueden servir los atentados como fuente de financiación del terrorismo?" *La Ilustración liberal*, Revista española y americana, N ° 31, Primavera 2007, <http://www.ilustracionliberal.com/31/pueden-servir-los-atentados-como-fuente-de-financiacion-del-terrorismo-mikel-buesa-thomas-baume.html>, fecha de visita: 24/09/2014.

<sup>1784</sup> MEYSSAN, THIERRY, "Los lazos financieros ocultos entre las familias Bush y Ben Laden", 2001, *Voltairenet.org*, <http://www.voltairenet.org/article120008.html>, fecha de visita: 24/09/2014; BUSCAGLIA, CHRISTIAN, "La oscura relación de negocios entre las familias Bush y Bin Laden", 2011, *elmostrador.mundo*, <http://www.elmostrador.cl/mundo/2011/05/02/la-oscura-relacion-de-negocios-entre-las-familias-bush-y-bin-laden/>, fecha de visita: 24/09/2014.

actual, es abiertamente ilegal. Sostener, como lo hace Bush, que “los tiranos serán castigados”, se acerca más a la definición de represalia armada que a la de legítima defensa<sup>1785</sup>.

“Defender la doctrina de la defensa preventiva –expresa GAMARRA- supone el triunfo del unilateralismo sobre el multilateralismo en las relaciones internacionales, en especial en materia defensiva, y conlleva expandir el intervencionismo en el mundo a costa de limitar los principios westfalianos de soberanía, no intervención e independencia de los estados. Lejos de erigirse en una institución útil para luchar contra el terrorismo internacional, su uso podría convertirse en una amenaza para la estabilidad y seguridad global<sup>1786</sup>. A colación las palabras de FROMM cuando ilustra al autoritario sádico: “Al golpear yo primero me estoy simplemente defendiendo a mí mismo, o a mis amigos, contra el peligro de algún ataque<sup>1787</sup>”.

Sobre la guerra a Irak básicamente, y respecto del argumento de la posesión de armas de destrucción masiva, RANCIÈRE reflexiona:

“Partamos de lo más evidente: la enormidad de las mentiras que se han tenido que combinar para construir la visión de un Irak en posesión de armas de destrucción masiva listas para alcanzar en menos de una hora a las naciones occidentales. La mentira no solamente era enorme. Era increíble para cualquier mente más o menos sensata. Por eso fue necesario recurrir, para imponerla, al viejo principio propagandista: para imponer la realidad de una mentira, hay que llevarla más allá de toda verosimilitud: “cuanto más grande mejor pasa”, porque, precisamente, sale del régimen de la creencia. Este tipo de principio se suponía característico de los regímenes totalitarios. Ahora parece perfectamente adecuado al gobierno de una democracia inspirada en la religión cristiana. Aún nos queda saber por qué este gobierno lo necesita, por qué había que imponer la realidad inverosímil de esta mentira. Aparentemente, para obtener la adhesión necesaria para hacer la guerra. Pero, ¿por qué había que hacerla si se sabía perfectamente que no existía ningún peligro? ¿Para prevenir? ¿Por un sentimiento de inseguridad tal vez exagerado? Parece que hubiera que invertir los términos del problema. No era la inseguridad probada lo que volvía necesaria la guerra. La guerra más bien era necesaria para imponer la inseguridad. Porque la gestión de la inseguridad es el modo adecuado de funcionamiento de nuestras sociedades Estado consensuales<sup>1788</sup>”.

Una doctrina así puede ser considerada políticamente autoritaria, ya que sus fundamentos son discutibles desde el punto de vista de la racionalidad como lo han hecho los autores aquí citados (*antiracional*), las decisiones desconsideran absolutamente a los estados en conflicto (*centrifugalidad*), contienen una apariencia en su generación de ser democrática (*cenitalidad*), como guerra su objetivo es destruir a otro de lo cual siguió no solo la muerte sino la tortura en centros de detención como Guantánamo (*bioconstricción*).

---

<sup>1785</sup> CARO GARZÓN, OCTAVIO AUGUSTO, “La doctrina Bush de la guerra preventiva: ¿Evolución del “ius ad bellum” o vuelta al Medioevo?”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, N° 105, 2006, pp. 399-429, p. 427. En el sentido de la ilegalidad igualmente otros trabajos, como los de MÉNDEZ-SILVA, RICARDO, “Paz y guerra preventiva”, *Revista Pléyade*, N°1, Primer Semestre, 2008, pp. 148-181.

<sup>1786</sup> GAMARRA CHOPO, YOLANDA, “La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, N° 77, p. 227-251, p. 244.

<sup>1787</sup> FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, p. 117.

<sup>1788</sup> RANCIÈRE, JACQUES, *Momentos políticos*, [trad. Gabriela Villalba], Capital Intelectual, Buenos Aires, 2010, pp. 100-101.

- **Actitud en la política interna**

En la política interna, las acciones son consideradas como represivas<sup>1789</sup> y por las cuales las libertades generales son restringidas y limitadas a través de la vigilancia y el control<sup>1790</sup> (*bioconstricción*); los fundamentos para dicha autoridad no tendrían bases racionales sustentables, sea y como se ha dicho por ser motivada por planes de hegemonía mundial<sup>1791</sup> (*antiracional*); como ha sido sostenida cupularmente por una camarilla política y grupos de poder político y económico (*cenitalidad*); por quedar grupos raciales como negros, latinos, y árabes en persecución y segregación<sup>1792</sup> (*centrifugalidad*).

Podemos entender así, que el resultado ha sido una política claramente autoritaria, tanto así que incluso hay autores que han afirmado que la administración Bush ha conducido a USA a tener casi un estado totalitario<sup>1793</sup>. Y en base a dicha política autoritaria, se han producido consecuencias a nivel punitivo, con el subsecuente endurecimiento penal. De ello es ejemplo la “Patriot Act” o “USA Patriot Act”, dictada a propósito de dicho 11/S.

**d. Consecuencias en la penalidad**

El día 17 de septiembre del 2001, a 6 días de ocurrido el 11/S y a 3 de declarar estado de emergencia (14), la administración Bush envía el proyecto de ley denominado “Mobilization Against Terrorism Act”. Fue aprobado por la Cámara de Representantes el 24 de octubre de 2001 y por el Senado el 25 de octubre de 2001, después de un muy breve debate, siendo firmada la Ley por el entonces presidente G.W. Bush, el 26 de octubre de 2001. Ésta es denominada y conocida como “Patriot Act” o “USA Patriot Act”.

- La disposición general interpretativa de la misma de la Sección N ° 2 establece un principio de validez interpretativa de todas las disposiciones y a toda prueba, de tal modo que si existe “cualquier disposición (*provision*) del Acta que sea considerada como inválida o inaplicable por sus términos o por su aplicación a cualquier persona, se interpretará en el sentido de darle el efecto máximo permitido por la ley, salvo que por dicha interpretación se entienda una invalidez absoluta o inoponibilidad de la disposición, en cuyo caso, dicha disposición se considerará separada de la presente Ley y no afectará el resto de la misma o la aplicación de dicha disposición a otras personas” [Any provision of this Act held to be invalid or unenforceable by its terms, or as applied to any person or circumstance, shall be construed so as to give it the maximum effect permitted by law, unless such holding shall be one of utter invalidity or unenforceability, in which event such

---

1789 GARCÍA REYES, MIGUEL; RONQUILLO JARILLO, GERARDO, *Estados Unidos, petróleo y geopolítica: las estrategias petroleras como un instrumento de reconfiguración geopolítica*, Editorial Plaza y Valdés, México D.F., 2005, p. 31.

1790 *Ibid.*, p. 32.

1791 *Ibid.*, pp. 34-35.

1792 *Ibid.*, p. 32.

1793 LEGGE, FRANK, “9/11 – Evidence Suggests Complicity: Inferences from Actions”, *Journal of 9/11 Studies*, Volume 1, June 2006, pp. 1-27. [http://www.journalof911studies.com/articles/Journal\\_3\\_Complicity\\_inferences21.pdf](http://www.journalof911studies.com/articles/Journal_3_Complicity_inferences21.pdf), fecha de visita: 23/09/2014, p. 22.

provision shall be deemed severable from this Act and shall not affect the remainder thereof or the application of such provision to other persons not similarly situated or to other, dissimilar circumstances]. Esto es a buenas cuentas, una norma interpretativa pero como disposición supranormativa que resuelve conflictos de interpretación, pero debiendo siempre resolverse a favor de una interpretación extensiva *contra reo* de amplísimos alcances.

- La Sección N ° 105 dispone “El Director del Servicio Secreto de los Estados Unidos adoptarán medidas apropiadas para desarrollar una red nacional de grupos de trabajo de la delincuencia electrónica, basado en el modelo del Grupo de Trabajo de Delitos Electrónicos de Nueva York, en todo Estados Unidos, con el propósito de prevenir, detectar e investigar las diversas formas de crímenes electrónicos, incluyendo posibles ataques terroristas contra la infraestructura crítica y los sistemas de pagos financieros” [The Director of the United States Secret Service shall take appropriate actions to develop a national network of electronic crime task forces, based on the New York Electronic Crimes Task Force model, throughout the United States, for the purpose of preventing, detecting, and investigating various forms of electronic crimes, including potential terrorist attacks against critical infrastructure and financial payment systems]. En primer lugar, la finalidad de la persecución policial no es el terrorismo, sino que primordialmente es las diversas formas de crímenes electrónicos, siendo “incluidos” los ataques terroristas. En segundo lugar, los ataques terroristas están mirados como objeto de persecución cuando atenten no contra las personas, sino contra las instituciones sobre todo aquellas destinadas a la economía o que la manejan o regulan. Es decir, asegurar el libre cambio.
- En la Sección 106 de la PA que modifica la Sección 203 (c) Ley de Poderes de Emergencia, determina como sanción la confiscación de las propiedades sometidas a la jurisdicción de EUA, entre otros, de nacionales extranjeros que hubiesen planeado, autorizado, asistido o participado en esas hostilidades o ataques contra los Estados Unidos<sup>1794</sup>. Esto, como se ve, no diferencia ningún tipo de participación por mínima que sea, y además contiene términos exageradamente vagos para dicha participación, tales como “engaged” (asistido); “aided” (ocupado, como sinónimo de dedicado a alguna labor u ocupación). No hay vinculación con el principio de proporcionalidad de forma alguna, ni con la lesividad. La vaguedad de los términos, además, contribuye negativamente a ensanchar las posibilidades de la penalidad (si pensamos en el comiso de todos los bienes), convirtiéndose en excedente punitivo.

---

<sup>1794</sup> “when the United States is engaged in armed hostilities or has been attacked by a foreign country or foreign nationals, confiscate any property, subject to the jurisdiction of the United States, of any foreign person, foreign organization, or foreign country that he determines has planned, authorized, aided, or engaged in such hostilities or attacks against the United States; and all right, title, and interest in any property so confiscated shall vest, when, as, and upon the terms directed by the President, in such agency or person as the President may designate from time to time, and upon such terms and conditions as the President may prescribe, such interest or property shall be held, used, administered, liquidated, sold, or otherwise dealt with in the interest of and for the benefit of the United States, and such designated agency or person may perform any and all acts incident to the accomplishment or furtherance of these purposes”.



**e. Críticas de la doctrina jurídica estadounidense a la *Patriotic Act*.**

RAAB señala que la *Patriot Act* fue votada por una mayoría abrumadora del Congreso y con mucha popularidad, pero que al tiempo del artículo (2006) esa popularidad ha decaído. Señala que en un principio, no se deseaba por los legisladores estar del lado equivocado, pero ello no significa que no adolece en su origen de algunos vicios, tales como, el que no se permitió hacer enmiendas a la ley a los miembros del Congreso una vez que se envió el proyecto; muchas de las disposiciones de la ley ya habían sido enviadas anteriormente al Congreso, siendo rechazadas por éste en esa oportunidad (por lo que se aprovechaba esta oportunidad para introducirlas); algunos congresistas la votaron favorablemente sin haber leído su contenido<sup>1795</sup>.

Con ello, estima el autor, se aprovechó el momento para que la policía adquiriese con esta ley poderes largamente deseados.

Una de las primeras cuestiones criticadas, es la Sección 210 de la *PA* por la cual se introducen modificaciones al USC, en su Sección 2703, la que trata sobre reglas relativas a los proveedores de servicios de comunicaciones cableadas o inalámbricas y sobre el registro de comunicaciones. Las críticas principales, a esta sección, apuntan a lo siguiente:

- Antes de la modificación se requería orden judicial, sin embargo con la reforma, basta una orden administrativa.
- Antes y para el 2703(c), los datos que podían recabarse era información básica, pero con la modificación dicha información se amplía, incluso, a las cuentas bancarias con las cuales se pagan servicios por internet.
- Antes, la información recabada y descartada irrelevante simplemente se descartaba, como se hacía anteriormente. Con la modificación, las directrices del FBI permitirían que esta información se conservara de forma indefinida y se compartiera con otras agencias del gobierno.

El Departamento de Justicia contraargumenta insistiendo en su necesidad por dos motivos:

- Ha señalado que esta disposición ha servido para atrapar a depredadores sexuales. Sin embargo, no es ese justificativo suficiente para estimar esta Sección como instrumento adecuado y necesario para la lucha contra el terrorismo, ya que de lo contrario habría de mantenerse un instituto “bajo la apariencia de un instrumento de lucha contra el terrorismo”<sup>1796</sup>. Por lo tanto, su utilidad real para la lucha contra el terrorismo no está clara.
- Si se estima restringir derechos, para ello bastaría impugnar una orden ante un tribunal como garantía suficiente. Sin embargo, ello no es tan así, desde que quien impugne, tendría que ser la empresa de telecomunicaciones a quien se ordena el registro, teniendo nulo incentivo para contratar un abogado e impugnar la entrega de datos de un cliente.

La segunda de las cuestiones sometidas a crítica, es la Sección 509 de la *PA* que modifica la Sección 2709 (b) sobre autorizaciones para la obtención de información de

---

<sup>1795</sup> RAAB, CHRISTOPHER P., “Fighting terrorism in an electronic age: does the patriot act unduly compromise our civil liberties?”, *Duke Law & Technology Review*, N°4, January 2006, pp. 1-21. [Disponible online: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=dltr>], [fecha de visita: 20/10/2014].

<sup>1796</sup> RAAB, CHRISTOPHER P., “Fighting terrorism in an electronic age: does the patriot act unduly compromise our civil liberties?”, p. 7.



una persona. Éstas, son las “National Security Letters” (“NSLs”), que en algunos casos se obtienen como autorización administrativa de las agencias (particularmente el FBI) para obtener información como registros de teléfono, correo electrónico, registros de información financiera, y las listas de los sitios de Internet visitados. Esto se creó, por un lado, para facilitar la investigación de los agentes sin tener que obtener orden judicial en todos los casos, y por otro, para proteger a los clientes de las instituciones financieras de la intrusión injustificada en sus registros. Las modificaciones, se encuentran en el siguiente sentido:

- Antes, la aprobación de estas “NSLs” solo las otorgaba el director del FBI, pero con la modificación, dicho poder de aprobación se ha extendido a más personas que aquél, y específicamente, la orden pueden darla personas designadas por el director (personas en la sede de la Oficina o de uno de los agentes especiales a cargo de una oficina de campo).
- Antes se exigía que el requirente de la orden fuera un agente extranjero o un nacional estadounidense en comunicación con un agente extranjero, pero la modificación eliminó ese requisito.
- Al eliminar el requisito anterior, se pretende sustituir el requisito por otro, que sería la exigencia de justificar la “relevancia”, “para protegerse contra el terrorismo internacional o de actividades clandestinas de inteligencia” [*protect against international terrorism or clandestine intelligence activities*] (Sección 505 AP, actual 2709 (b) USC). Pero dicha relevancia no es calificada judicialmente, sino por quien emite la orden.

El autor cita jurisprudencia, tales como *Doe vs Ashcroft*, *Doe vs Gonzales*, en la cual se alegó y se votó favorablemente la inconstitucionalidad de órdenes de información bajo estas Secciones, por estimarlas como un poder extraordinario y sin control para obtener información privada y sin ningún tipo de proceso judicial, lo que vulnera la primera enmienda de la Constitución EUA.

Termina señalando de la *PA* lo siguiente:

“Lo que antes era una herramienta que se utiliza para el seguimiento de los espías ahora se está utilizando para barrer datos sobre ciudadanos de a pie, esto es, la gente que acaba de pasar a utilizar el mismo terminal de computadora de la biblioteca como alguien que se investiga (...) Cuando tal discrecionalidad ilimitada se combina con el secreto y la falta de revisión judicial, el resultado es una receta para el abuso”<sup>1797</sup>.

TOMPKINS<sup>1798</sup> por su parte, expresa que la *PA* dio al gobierno estadounidense un amplio acceso de la información relativa a los bancos no estadounidenses, y los titulares no estadounidenses en Bancos estadounidenses. Por ejemplo, en la Sección 319 (b) (2) de la *PA*, al modificar la Sección 5318, que le dan al Departamento del Tesoro y otras agencias bancarias federales, en un caso, y al Secretario de la Hacienda y el Fiscal General, en el otro caso, un acceso prácticamente ilimitado a cierta información relativa a las cuentas mantenidas en instituciones financieras.

---

<sup>1797</sup> RAAB, CHRISTOPHER P., “Fighting terrorism in an electronic age: does the patriot act unduly compromise our civil liberties?”, p. 13.

<sup>1798</sup> TOMPKINS JR, JOSEPH B., “The impact of the usa patriot act of 2001 on non-U.S. banks”, Prepared in Connection With The International Monetary Fund Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law Held on May 7-17, 2002, in Washington, DC., pp. 1-21, [Disponible online: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfl/eng/tompki.pdf>], [fecha de visita: 20/10/2014 ].

Además, otorga esa información a entidades no estrictamente gubernamentales, tales como la "Federal Reserve" [recordemos que ésta en una institución privada] y la "Federal Deposit Insurance Corporation" entre otros. Es así al utilizar, respecto de las instituciones que pueden recabar esa información, la expresión "Agencia bancaria federal apropiada [*appropriate Federal banking agency*]" (Sección 319 (b) (1) (A) de la PA, modificando la Sección 5318).

Critica además la Sección 203 en general, por la cual, la información proporcionada a un gran jurado en virtud de una citación del mismo para un propósito, puede ser utilizado por el gobierno de Estados Unidos para otro propósito completamente diferente, siempre y cuando la información se refiera a una persona no estadounidense o entidad. Con lo cual si una persona natural o jurídica extranjera declarase contenidos ante un jurado, estos pueden ser usados con otros objetivos por el gobierno. Por su parte observa la Sección 203, la (A) (1) (C) (iii)<sup>1799</sup> señalando que la expresión "funcionario federal" (*federal official*), es un término muy amplio "que incluye una amplia gama de agencias federales, incluyendo no sólo las obvias - la Federal Oficina de Investigaciones, Servicio Secreto, Servicio de Inspección Postal, la Oficina de Alcohol, Agencias, sino también como el Servicio de Impuestos Internos, el Servicio de Inmigración - Tabaco y Armas de Fuego y Naturalización, la Oficina de Control de Activos Extranjeros, y muchos otros"<sup>1800</sup>.

Concluye que la PA se encuentra sujeta a una gran discreción en su aplicación por los funcionarios del gobierno de Estados Unidos.

Por su parte, WHITEHEAD y ADEN<sup>1801</sup> sostienen críticas generales y observaciones directas a la PA.

Para comenzar, observan el hecho que no se haya consignado los actos netamente como crimen, sino como actos de guerra, y de ahí la solicitud de Bush para solicitar amplios poderes al Congreso, lo cual denominan como "mentalidad marcial" (*martial mindset*)<sup>1802</sup>. Ello da origen a cuestiones como la dictación de la PA, y a un conjunto de procedimientos operativos, los cuales tienen ramificaciones importantes en los derechos civiles.

En primer lugar, hacen observaciones sobre la Sección 808 de la PA, la cual reasigna la autoridad para investigar numerosos delitos federales de violencia en los que tenían competencia otros organismos encargados de hacer cumplir las leyes federales tales como la Oficina de Alcohol, Tabaco y Armas de Fuego, y la Guardia Costera, a la autoridad de la Fiscalía General, cuando estos sean considerados como delitos de terrorismo<sup>1803</sup>. Con lo cual, el Congreso ha concedido al Fiscal General la facultad de

---

<sup>1799</sup> "Cualquier funcionario federal a quien la información es divulgada de conformidad con la cláusula (i) (V) de este párrafo puede utilizar esa información cuando sea necesario en el ejercicio de las funciones oficiales de esa persona sujetas a cualquier limitaciones a la divulgación no autorizada de tales información [*Any Federal official to whom information is disclosed pursuant to clause (i)(V) of this subparagraph may use that information only as necessary in the conduct of that person's official duties subject to any limitations on the unauthorized disclosure of such information*]".

<sup>1800</sup> TOMPKINS JR, JOSEPH B., "The impact of the usa patriot act of 2001 on non-U.S. banks", p. 17.

<sup>1801</sup> WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., "Forfeiting "enduring freedom" for "homeland security": a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department's anti-terrorism initiatives", American University Law Review, 51, 6, June 2002, pp. 1081-1133. [Disponible online: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/51/correctedaden.pdf>], [fecha de visita: 20/10/2014].

<sup>1802</sup> *Ibid.*, p. 1087.

<sup>1803</sup> En efecto, la Sección 808 AP, introduce modificaciones en la Sección 2332b (F), el cual consigna: "Además de los órganos de instrucción con respecto a las vulneraciones de este título, el Fiscal General tendrá la responsabilidad primaria de investigación para todos los delitos federales de terrorismo, y de cualquier violación de la sección 351 (e) , 844 (e) , 844 (f) (1) , 956 (b) , 1361 , 1366 (b) , 1366 (c) , 1751 (e) , 2152 , o 2156 de este título, debiendo el Secretario del Tesoro colaborar con la Fiscalía General a petición de la Fiscalía General".

investigar no sólo los actos de terrorismo, sino también la mayoría de los actos de violencia contra la propiedad y contra los funcionarios públicos. Dichos poderes además se han extendido fuera de la frontera estadounidense, al establecer puentes de investigación con sus homólogos en otros países, y en otras áreas, al monitoreo del flujo de extranjeros en EUA, asignando su control de entrada legal en los Estados Unidos tanto al Departamento de Estado como al Departamento de Justicia. Ejemplo de ello es la imposición de nuevos requisitos de selección para los solicitantes de visas de extranjeros no inmigrantes, como forma de control del terrorismo. De ahí que sentencien que “la extensión con las que estos poderes de la rama ejecutiva se han consolidado en un funcionario, como lo es el Fiscal General, no tiene precedentes en la historia reciente”<sup>1804</sup>.

Por su parte critica la Sección 904 PA<sup>1805</sup>, por la cual la obligación de presentar cualquier informe de inteligencia al Congreso por parte del Poder Ejecutivo se aplazaba hasta el 1 de febrero del 2002, o a una fecha a especificarse más adelante, con lo cual se pospone casi por una fecha indefinida, y aún su contenido podría ser susceptible de seccionarse y controlar por el gobierno sobre qué se informaba al Congreso y sobre qué no, lo cual significa que la Administración ha hecho esfuerzos para consolidar el poder en la “guerra contra el terrorismo” en el Poder Ejecutivo, mostrando resistencia a la supervisión del Congreso sobre sus nuevos poderes.

Además se extienden poderes a la CIA por medio de la modificación de la “Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978” (Ley de Vigilancia de la Inteligencia extranjera), que hace la PA, dando a la CIA la autoridad central para reunir y usar información de inteligencia obtenida de fuentes internas (y que antes radicaba en el Procurador General), incluyendo la inteligencia de los ciudadanos y residentes de Estados Unidos, con lo que el gobierno federal se ha reservado el derecho específico a monitorear incluso a los grupos religiosos y organizaciones de caridad (cuestiones que obviamente tienen un efecto negativo sobre el derecho a la libre asociación y de culto que reconoce la Primera Enmienda<sup>1806</sup>), con lo cual se pone en funcionamiento la política y la práctica de la CIA durante la era de la Guerra Fría, y que dio como resultado abusos, y que ahora permitirá a la CIA, una vez más, espiar a los ciudadanos estadounidenses<sup>1807</sup>.

Igualmente hacen una crítica a la Sección 802 de la PA y que modifica el Código Penal (18USC o USC) en su Sección 2331, incluyendo la definición de “terrorismo domestico” y señalando en qué casos estábamos frente a ello<sup>1808</sup>. Los autores sostienen

<sup>1804</sup> WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., “Forfeiting “enduring freedom” for “homeland security”: a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department’s anti-terrorism initiatives”, p. 1089.

<sup>1805</sup> “El Secretario de Defensa, el Procurador General y el Director de Inteligencia Central podrán, mientras dure el período de vigencia de esta sección, aplazar la fecha de presentación al Congreso de cualquier informe de inteligencia cubierto bajo la jurisdicción de dicho funcionario hasta el 1 de febrero de 2002” [*The Secretary of Defense, Attorney General, and Director of Central Intelligence each may, during the effective period of this section, defer the date of submittal to Congress of any covered intelligence report under the jurisdiction of such official until February 1, 2002*].

<sup>1806</sup> “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances. [El Congreso no podrá hacer ninguna ley con respecto al establecimiento de la religión, ni prohibiendo la libre práctica de la misma; ni limitando la libertad de expresión, ni de prensa; ni el derecho a la asamblea pacífica de las personas, ni de solicitar al gobierno una compensación de agravios].

<sup>1807</sup> WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., “Forfeiting “enduring freedom” for “homeland security”: a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department’s anti-terrorism initiatives”, p. 1091.

<sup>1808</sup> “el término “terrorismo doméstico” significa actividades que: (A) se refieren a actos peligrosos para la vida humana que son una violación de las leyes penales de los Estados Unidos o de cualquier Estado; (B) parece estar destinado: (i) a intimidar o coaccionar a la población civil; (ii) para influir en la política de un gobierno mediante la intimidación o la coacción; o (iii) pueda afectar a la conducta de un gobierno por la destrucción masiva, el asesinato o el secuestro; y (C) ocurren principalmente dentro de la jurisdicción territorial de los

que por la especificación de los actos descrito dentro de esa categoría, finalmente es tan amplia que cabría cualquier delito federal de violencia, y perseguible como terrorista doméstico a cualquier grupo que han sido acusados de intimidación y/o daños a la propiedad, como por ejemplo, el "People for the Ethical Treatment of Animals" (PETA) [*Personas por el Tratamiento ético de los Animales*].

En otra situación, y no obstante haber sido reconocido por la Suprema Corte estadounidense el que los extranjeros, aún residentes e incluso ilegales dentro de suelo de EUA, tienen los mismo derechos constitucionales que cualquier ciudadano norteamericano (vida, libertad y propiedad, etc.), incluyendo en ellos el derecho al debido proceso y el acceso a un juicio con jurado en materia penal, el PA es encontrada por los autores, alarmante en relación a la restricción de esos derechos. Una de estas disposiciones es la Sección 411, por la cual se modifica la Ley de Inmigración y Nacionalidad ("Immigration and Nationality Act") de prohibir la entrada a los Estados Unidos de cualquier no-ciudadano que representa una "organización terrorista extranjera", o es miembro de "un grupo político, social o de otro tipo cuya aprobación pública de los actos de la actividad terrorista que la secretaria de Estado ha determinado, socava los esfuerzos de Estados Unidos para reducir o eliminar las actividades terroristas"<sup>1809</sup>. Hasta el 5 de diciembre de 2001, el Departamento de Estado, había designado treinta y nueve grupos como "organizaciones terroristas". Para los autores "la autoridad adicional concedida por el Acta Patriota plantea que, y con reminiscencias al macartismo en los años 1950, la mantención de "listas negras" sea una política de inmigración aceptada lo cual conduce a que podría tener un efecto devastador sobre los derechos de la Primera Enmienda de los musulmanes en los Estados Unidos de practicar su religión y apoyar a la fe musulmana"<sup>1810</sup>.

Los autores además hacen mención de la situación de la Sección 215 que modifica la "Foreign Intelligence Surveillance Act" ("FISA") [*Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera*], por la cual se prohíbe a los propietarios y directivos de una empresa de revelar que han sido objeto de una búsqueda e incautación del FBI, incluyendo la divulgación a los medios de comunicación. Por otra parte, el órgano jurisdiccional que expide la citación está prohibido revelar el propósito de la orden. Esto afectaría las garantías expresas de la Primera Enmienda.

Criticar igualmente la Sección 207, 214 y 216 de la PA, ya que aumenta los plazos de escuchas telefónica en caso de delitos terroristas (Sección 207), y la vigilancia en las telecomunicaciones, incluyendo internet (Secciones 214 y 216). Señalan que la capacidad de monitorear los sitios de Internet visitados por el tema de la búsqueda, es una "expansión" sin precedentes de los poderes federales de vigilancia<sup>1811</sup>.

Otras críticas a la PA formulada por los autores, se refieren al debilitamiento de la Sexta Enmienda<sup>1812</sup>, esto es, el derecho a ser asistido por un abogado, tanto al vigilar las

---

Estados Unidos [*the term "domestic terrorism" means activities that (A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; (B) appear to be intended: (i) to intimidate or coerce a civilian population; (ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or (iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and (C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States*]

<sup>1809</sup> "a political, social or other similar group whose public endorsement of acts of terrorist activity the Secretary of State has determined undermines United States efforts to reduce or eliminate terrorist activities" (Sección 411 (A) (1) (A) (I) PA).

<sup>1810</sup> WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., "Forfeiting "enduring freedom" for "homeland security": a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department's anti-terrorism initiatives", p. 1099.

<sup>1811</sup> *Ibid.*, pp. 1106-1107.

<sup>1812</sup> "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial del Estado y distrito en que el delito se haya cometido, distrito que habrá sido determinado previamente por la ley; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le

conversaciones y bloquear o denegar el acceso a la defensa<sup>1813</sup>, como el de juzgar a los sospechosos de terrorismo por tribunales militares<sup>1814</sup>. Igualmente consideran que se debilita la Quinta Enmienda<sup>1815</sup>, en razón de la Sección 412 en relación a la 411 de la PA, al autorizar al Fiscal General para detener a cualquier extranjero, si aquél, como dice la Sección 412 (A), tiene "motivos razonables para creer que el extranjero...está realizando cualquier otra actividad que pone en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos" (Sección 236A (3) (A) (B) USC).

Discurren finalmente que la PA puede no haber sido diseñado para restringir los ciudadanos estadounidenses libertades civiles, pero sus consecuencias no deseadas amenazan a los derechos constitucionales fundamentales de las personas que no tienen absolutamente ninguna relación con el terrorismo. Para los autores, las libertades de los estadounidenses se han restringido en una variedad de maneras diferentes, y bajo el pretexto de detener el terrorismo, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y líderes de gobierno se les ha dado ahora el derecho de realizar las búsquedas en casas y oficinas sin previo aviso, escuchas telefónicas itinerantes para oír conversaciones telefónicas, y monitorear computadoras y mensajes de correo electrónico, incluso al grado de escuchar conversaciones entre el abogado y su cliente.

Expresan que cualquiera que sea el resultado de la no declarada "guerra contra el terrorismo", los estadounidenses no deberían trabajar bajo la idea errónea de que las

---

caree con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa".

<sup>1813</sup> Los autores explican que el 30 de octubre 2001, el Departamento de Justicia impuso unilateralmente un requisito en los establecimientos penitenciarios federales que permitan a la correspondencia y las conversaciones privadas entre los presos y sus abogados el ser sometidos a la vigilancia en la mayoría de las situaciones. La norma fue publicada en el Registro Federal el 31 de octubre de 2001, o sea, el día después de que entrara en efecto. Además, la regla no se limita a los supuestos terroristas, más bien, se extiende a todas las personas privadas de libertad. Bajo el artículo, las comunicaciones o el correo entre los presos y sus abogados pueden ser controlados si el Fiscal General "ha certificado que existe una sospecha razonable para creer que un preso puede utilizar las comunicaciones con los abogados o de sus agentes para promover o facilitar actos de violencia o terrorismo". El Departamento de Justicia ha detenido a más de 1.000 personas en su investigación sobre los ataques del 11 de septiembre. Según se informa, algunos de estos detenidos han sido disuadidos de obtener asesoría legal o se ha bloqueado por completo el acceso a un abogado.

<sup>1814</sup> Reseñan los autores que el 13 de noviembre de 2001, el Presidente Bush emitió una Orden Ejecutiva suspendiendo los derechos de acusación, el juicio por jurado, la apelación, y el *habeas corpus* para todas las personas que no son ciudadanos acusados de complicidad en delitos de terrorismo. La Orden instruye la obligación al Secretario de Defensa de promulgar órdenes y normas para la designación y administración de las comisiones militares que tratarán a los sospechosos de terrorismo. Sin embargo, la Orden Ejecutiva declara que, debido a la naturaleza peligrosa de terrorismo internacional, estas comisiones no "aplican los principios de la ley o las reglas de la evidencia que se utilizan en los casos penales normales". Así, solo se permite la admisión de evidencia de que el Secretario estime y que indiquen que no ha violado la seguridad nacional. Los tribunales competentes serán los tribunales militares quienes podrán imponer la pena de muerte, que para estos tribunales se requiere de solo los dos tercios de votos de la mayoría, a diferencia de la unanimidad obligatoria para tribunales no militares, es decir, civiles, para pronunciar un fallo de tales características. Esto, para los autores, socava la garantía constitucional del derecho a un juicio por jurado.

<sup>1815</sup> "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation [Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización]".

libertades abandonadas hoy, podrían ser recuperados mañana. A diferencia de las guerras anteriores, en esta ocasión, no pueden llegar con los enemigos a una tregua, que sería una señal de la vuelta de las libertades civiles, no hay horizonte para recuperar cualquier libertad hoy renunciada, y así, y de comprometer la libertad, la Constitución de E.E.U.U., puede que nunca vuelva a ser la misma.

Concluyen que “si el pueblo [norte] americano acepta una forma de estatismo policial en el nombre de una promesa de seguridad personal, sería la mayor derrota imaginable”<sup>1816</sup>.

GOUVIN señala que en la persecución del lavado de dinero y el terrorismo, el PA ha intervenido en la privacidad de las informaciones de las instituciones financieras, y que en la propia ley no se dispone de prohibiciones acerca de otros usos distintos a la persecución del terrorismo que se le pueda dar a la información obtenida. Señala además que en el período inmediatamente posterior al 11 de septiembre el Acta Patriota puede haber tenido un efecto calmante en una población aturdida y asustada, pero que después de un claro examen de aquélla, llega a ser “aterradora” (*frightening*)<sup>1817</sup>. Además el autor expresa el que vale la pena considerar, si en el calor del momento, se ha negociado demasiada intimidación, con el fin de obtener una ventaja del orden público que por lo demás es difícil de alcanzar.

#### 4. EL TIEMPO POSTERIOR AL 11/S (2009-2014)

En E.U.A. y con un nuevo presidente, ahora demócrata, el USC no presenta modificación alguna, del mismo modo que otras leyes modificadas semejantes, en el sentido de haber sido derogadas ninguna de las disposiciones introducidas tanto por “Antiterrorism and effective death penalty Act of 1996”, como por la “Patriotic Act”, no obstante las críticas a ambos cuerpos legislativos.

Es más y con fecha 4 de septiembre del 2014, el actual Presidente Obama, comunicó al Senado y a la Cámara de Representantes la ampliación de la alerta iniciada luego del 11 de septiembre de 2001, lo que implica conservar los poderes ampliados en razón de la “amenaza continua e inmediata de más ataques contra los Estados Unidos”, aunque sin señalar cuáles. “Dado que la amenaza terrorista continúa –señaló Obama-, la emergencia nacional declarada el 14 de septiembre de 2001 y los poderes y autoridades adoptados para lidiar con esa emergencia deben continuar en efecto más allá del 14 de septiembre de 2014”<sup>1818</sup>.

En efecto y como muestra, hoy bajo esta actual administración se mantiene la vigilancia. Una de estas facetas se ha expresado a través de un Programa de vigilancia denominado “Prism”, por el cual se ha estado recopilando datos por más de seis años y en secreto, de las informaciones sobre extranjeros en el extranjero a través de la vigilancia de proveedores de servicios tales como *Google*, *Facebook*, *Apple*, en busca de

---

<sup>1816</sup> WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., “Forfeiting “enduring freedom” for “homeland security”: a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department's anti-terrorism initiatives”, p. 1133.

<sup>1817</sup> GOUVIN, ERIC J., “Bringing out the big guns: the usa patriot act, money laundering, and the war on terrorism”, *Baylor Law Review*, Vol. 55, 2003, pp. 955-990. [Disponible online: <http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=facschol>], [fecha de visita: 22/10/2014], p. 990.

<sup>1818</sup> *Noticias24Panamá*, “Obama extiende un año más el estado de alerta ante terrorismo contra EE.UU.”, 5 de septiembre del 2014, <http://noticias24panama.com/actualidad/noticia/11123/obama-extiende-un-ano-mas-el-estado-de-alerta-ante-terrorismo-contra-ee-uu>, fecha de visita: 22/10/2014; *Telesur*, “Obama extiende alerta estadounidense ante terrorismo, 5 de septiembre del 2014”, <http://www.telesurty.net/news/Obama-extiende-alerta-estadounidense-ante-terrorismo-20140905-0003.html>, fecha de visita: 22/10/2014.



amenaza a la seguridad nacional norteamericana, cuestión actualmente reconocida y confirmada<sup>1819</sup>.

Además se ha llevado en secreto un programa de vigilancia doméstica, en la que la Agencia de Seguridad Nacional está recogiendo registros de las comunicaciones de una filial de *Verizon Communications* dentro de Estados Unidos, cuestión revelada por medios periodísticos<sup>1820</sup>.

Todo este incremento de la vigilancia ha sido criticada y alertada al interior de USA tanto por senadores<sup>1821</sup> como por ciudadanos<sup>1822</sup> en contra de la Administración Obama, la cual se señala que lejos de dismantelar el sistema creado por la administración Bush, lo que ha hecho es asegurarla y consolidarla<sup>1823</sup>, siguiendo en entredicho las restricciones a las enmiendas constitucionales<sup>1824</sup>.

Lejos de incluso disminuir, las modificaciones legales han seguido creciendo en orden al aumento de prohibiciones.

Así se dicta la S.2195 del 18 de abril del 2014, Por la cual se niega la admisión a los Estados Unidos a cualquier representante de las Naciones Unidas que ha participado en actividades de espionaje o actividad terrorista contra los Estados Unidos y representa una amenaza para la nación de Estados Unidos<sup>1825</sup>.

Igualmente la H.R.3304, *National Defense Authorization Act for Fiscal Year 2014*, Public Law 113-66, conocida por sus siglas como NDAA, la cual, en general, aumenta la militarización estadounidense (aumenta considerablemente el presupuesto para fines bélicos) y consigna normas sobre contra terrorismo. Dentro de esta ley se encuentra, por ejemplo, la Sección 1071, la cual crea el "Conflict Records Research Center", el cual tiene

---

<sup>1819</sup> *The New York Times*, "U.S. Confirms That It Gathers Online Data Overseas", june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/nsa-verizon-calls.html>, Fecha de visita: 22/10/2014.

<sup>1820</sup> *The New York Times*, "P. y A. en el Programa de Vigilancia Doméstica", june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/q-and-a-on-the-domestic-surveillance-program.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2014.

<sup>1821</sup> *The Washington Post*, "The Senate has another go at NSA surveillance reform", july 29 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/07/29/the-senate-has-another-go-at-nsa-surveillance-reform/>, fecha de visita: 22/10/2014; *The Washington Post*, "Patriot Act author: 'There has been a failure of oversight'", October 11 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/10/11/patriot-act-author-there-has-been-a-failure-of-oversight/>, fecha de visita: 22/10/2014; *The New York Times*, "Sounding the Alarm, but With a Muted Bell", june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/politics/senators-wyden-and-udall-warned-about-surveillance.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2014; *The New York Times*, "Democratic Senators Issue Strong Warning About Use of the Patriot Act", march 16 2012, <http://www.nytimes.com/2012/03/16/us/politics/democratic-senators-warn-about-use-of-patriot-act.html?module=Search&mabReward=relbias%3As%2C%7B%22%22%3A%22RI%3A18%22%7D>, fecha de visita: 22/10/2014.

<sup>1822</sup> *The New York Times*, "Blogger, With Focus on Surveillance, Is at Center of a Debate", june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/business/media/anti-surveillance-activist-is-at-center-of-new-leak.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2014; *The Washington Post*, "Librarians won't stay quiet about government surveillance", october 3 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/10/03/librarians-wont-stay-quiet-about-government-surveillance/>, fecha de visita: 22/10/2014. A propósito de esto último vid. CHRISTIAN, GEORGE; BAILEY BARBARA; CHASE, PETER; NOCEK, JANET, "Un desafío a la USA Patriot Act", *Educación y Biblioteca*, N°166, Julio-Agosto, 2008, pp. 111-116. [Disponible online: [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/119540/1/EB20\\_N166\\_P111-117.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/119540/1/EB20_N166_P111-117.pdf)], [Fecha de visita: 23/10/2014].

<sup>1823</sup> *The New York Times*, "Even as Wars Fade, Obama Maintains Bush's Data Mining", june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/obamas-strong-embrace-of-divisive-security-tools.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2014.

<sup>1824</sup> *The Washington Post*, "Can an American be investigated for terrorism merely for expressing support for it? The government isn't saying", Septemeber 15 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/09/15/can-an-american-be-investigated-for-terrorism-merely-for-expressing-support-for-it-the-government-isnt-saying/>, fecha de visita: 22/10/2014.

<sup>1825</sup> *Govtrack.us*, <https://www.govtrack.us/congress/bills/113/s2195/text>, fecha de visita: 22/10/2014.

como objeto “establecer una base digital de datos de investigación, incluyendo traducciones, para facilitar la investigación y el análisis de los grabaciones capturadas de los países, organizaciones e individuos, que son o que hayan sido hostiles a los Estados Unidos [*To establish a digital research database, including translations, and to facilitate research and analysis of records captured from countries, organizations, and individuals, now or once hostile to the United States, with rigid adherence to academic freedom and integrity*].

La Ley utiliza la expresión “grabaciones capturadas” (*records captured*) lo cual puede ser cualquier cuestión que pueda captarse, sean registros telefónicos, correos electrónicos, historial de navegación, redes sociales, etc. Esta disposición se ha entendido que ha venido a reforzar el estado nacional de vigilancia y de seguridad<sup>1826</sup>.

## V. PALABRAS FINALES

De los hechos expuestos, podríamos dejar sentada la idea de la existencia de una inflación penal en la legislación estadounidense consecuencia de los acontecimientos relatados, y no solo inflación sino de una aguda inflación penal, como nos fue posible atisbar con el examen mismo de dicha legislación y de las opiniones de la doctrina, inflación penal que finalmente repercutió y repercute aún, en aumentar la violencia penal dentro de su normativa, sobre todo, del 18USC. Y habría de ser además inflacionaria, porque EUA ya contaba con una legislación pertinente en el mismo 18USC.

En lo general, se aumentan la mayoría de las penas, se introducen tipos penales innecesarios, y procesalmente, se rebajan considerablemente las garantías procesales para los sujetos investigados por delitos terroristas (fuera de crear más penalidad general al introducir agentes encubiertos como en la AEDPA y más vigilancia), y prácticamente una sola disposición es reconocida como introducida por pérdida de la elasticidad de la ley y específicamente por su obsolescencia semántica al convertirse en una *norma porosa*, con lo que ya había una *laguna derivada*<sup>1827</sup>. Fuera de ello, aun los detalles legales grafican este aumento. Así y por ejemplo, como ya fue posible revisar, se introducen expresiones legales (normalmente elementos cognoscitivos) que por su imprecisión y su vaguedad son inflacionarias -“grabaciones capturadas” (Sección 1071, NDAA) “materiales explosivos” (AEDPA), etc.-, constructos y artefactos normativos en tanto definiciones legales, como la de “terrorismo doméstico” (*domestic terrorism*) por la *Patriot Act*, la cual es inflacionaria porque amplifica los poderes de persecución penal y los actos por los que se puede perseguir penalmente, al tener una extensión casi ilimitada. El mismo término legal de “terrorista” incluso se cuestiona por ampliar su espectro de conductas. “Consciente de estas críticas y temores [frente a la *Patriot Act*] – expresan WHITEHEAD y ADEN-, el Fiscal General recientemente aseguró al Senado que

<sup>1826</sup> *Salon*, “Obama signs NDAA 2014, indefinite detention remains”, Friday 27 december 2013, [http://www.salon.com/2013/12/27/obama\\_signs\\_ndaa\\_2014\\_indefinite\\_detention\\_remains/](http://www.salon.com/2013/12/27/obama_signs_ndaa_2014_indefinite_detention_remains/), fecha de visita: 23/10/2014.

<sup>1827</sup> “Sin lugar a dudas, la sección 2703 necesitaba ser actualizado para incluir las comunicaciones informáticas [puesto que la antigua ley tenía en mente solo las llamadas telefónicas]. Para luchar contra el terrorismo en una era electrónica, la ley debe seguir el ritmo de la tecnología. En la medida en que el artículo 210 la tecnología trajo y la ley en la alineación, la enmienda era necesaria y apropiada” (RAAB, CHRISTOPHER P., “Fighting terrorism in an electronic age: does the patriot act unduly compromise our civil liberties?”, *Duke Law & Technology Review*, N°4, January 2006, pp. 1-21. [Disponible online: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=dltr>], [fecha de visita: 20/10/2014], p. 4).



la definición del gobierno de Estados Unidos del terrorismo tiene, desde 1983, incluida como terroristas sólo "los que ejercitan de forma premeditada, la violencia por motivos políticos contra objetivos no combatientes." Si eso es cierto, sin duda plantea la pregunta de por qué la Administración Bush sintió la necesidad de redefinir el "terrorismo" para incluir una amplia variedad de actos criminales nacionales<sup>1828</sup>.

Pero conjuntamente con lo anterior, quedan en entredicho muchos de los derechos civiles que fueron conquista del pueblo estadounidense, y que se encuentran plasmados en el articulado original de su Constitución junto con sus enmiendas. RAAB, por ejemplo, y refiriéndose al poder de intromisión de los organismos policiales y/o gubernamentales, entiende que dichos cambios infringen las libertades civiles, al poner la información personal a disposición del gobierno con pocas o nulas garantías procesales, que si bien puede tener algún valor para la lucha contra el terrorismo, su ampliado alcance compromete innecesariamente las libertades civiles.

Y esto lleva inevitablemente a afectar incluso las formas y prácticas políticas. Valga el ejemplo de la Sección 808 de la *Patriot Act*, al reasignar las competencias de persecución de delitos que estaban compartimentadas en otras oficinas y radicarlas en una sola entidad como el Fiscal General, extiende las competencias de la Administración, tanto internacionalmente como en cuanto a otros ámbitos que no estaban dentro de dichas competencias con anterioridad, o al dotar de mayores competencias a su Servicio Secreto, como por ejemplo el controlar el flujo de extranjeros, se produce -como es relativamente obvio inferir- una concentración del poder, yendo en la dirección opuesta a la separación de funciones/poderes.

Esta generación de legislación antiderechos civiles, posteriormente fue adoptada por otros Estados, como Inglaterra, la cual sufrió acontecimientos de la misma índole y en el mismo sentido. Por ende, ha habido todo una cobertura crecida de legislación penal y anticonstitucional, lo que lleva a recortar las libertades civiles, y a crear realidades jurídicas. Valga traer como ejemplo el ya referido término de "terrorismo doméstico" que introdujo la mencionada *Patriot Act* y que ha sido usada, equivocadamente en relación al origen de su utilización, para referirse a la violencia doméstica o intrafamiliar<sup>1829</sup>.

Todo lo dicho sin cuestionar si quiera los acontecimientos en sí que según la tesis oficial, habría dado lugar a la adopción de dichas legislaciones.

Ahora, si como se ha expuesto aquí, se consideran fenómenos que entrarían dentro del campo de estudio de la epistemología política, se estaría frente a una creación de una necesidad ficticia, o más bien, la retórica estaría dirigida a argumentar una necesidad de seguridad frente a ataques que caen en la sospecha de haber sido artificialmente contruidos. Con lo cual, podría haber toda una legislación producida sobre la base de necesidades fictas, sobre acontecimientos cuya construcción deja de ser social para ser de grupos de influencia y que intentan formar a partir de ellas construcción social, por lo que caen, ya por esa sola definición, en la simulación. Es decir, ante una hiperrealidad, se produce hiperrealidad penal o un derecho penal hiperreal.

SÁEZ VALCÁRCEL señalaba ya en 1989, como expresión de una política criminal "expansiva"<sup>1830</sup>, que "la demanda desesperada de los sectores de la ciudadanía que más dolorosamente viven/conviven con el problema de la droga [política pública sanitaria, política económica], ha sido manipulada e interpretada en clave represiva y utilizada como

---

<sup>1828</sup> WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., "Forfeiting "enduring freedom" for "homeland security": a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department's anti-terrorism initiatives", pp. 1094-1095.

<sup>1829</sup> BOSCH, ESPERANZA; FERRER, VICTORIA, *La voz de las invisibles*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2002, p. 34; *Elmundoes*, "Terrorismo doméstico", <http://www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/>, fecha de visita: 27/10/2014.

<sup>1830</sup> SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva", p. 17 y p. 18.

argumento y coartada ideológica para aumentar las penas, manejando hábilmente el fetiche de la ilusión represiva, e ignorando las denuncias y los mensajes más válidos de su protesta”, con lo cual “la imagen de la realidad (...) influye y recrea la realidad misma, acercando la imagen real a la previamente fabricada”<sup>1831</sup>. No por nada llama a este fenómeno la “ilusión represiva”<sup>1832</sup>, cuestión que además relaciona con el *teorema de Thomas*, esto es, que *definidas las situaciones como reales, éstas son reales en sus consecuencias*.

¿Por qué podría optarse por esta tesis hiperrealista de argumentación?

En primer lugar, existen ciertas analogías con los atentados terroristas de los “stay-behind”, y los que ocurrieron para los acontecimientos relatados. WHITEHEAD y ADEN, a propósito de lo expresado, ven la misma práctica hoy de la CIA que durante la era de la Guerra Fría, y para refrendar lo dicho, comparan las prácticas del macartismo de los años 50 del siglo pasado, a lo que sucede ahora con las listas negras de extranjeros, en razón de la Sección 411 de la *Patriot Act*.

En estricto rigor, se dan ciertas características semejantes:

- Modo de desarrollo “escénico” del acto
- Gran cobertura mediática.
- Instantánea reacción política solicitando seguridad y endurecimiento de la *lógica policial* (más y penas y más duras, mayor vigilancia, mayor control).
- Instantánea reacción legislativa en la penalidad.
- Rápidas identificaciones de los presuntos hechores.
- Disminuido número de responsables de los hechos (siempre es uno o dos responsables, y siempre un solo autor material).
- *Cuestiones indubitadas o incontrovertidas*: La existencia de víctimas, sean fallecidos o heridos a consecuencia de los ataques y de daños a la propiedad. Estos son hechos físicos, y que son evidenciados y medidos por los resultados.
- *Cuestiones dubitadas o controvertidas*: El hecho que se supone ser causa del resultado, es dubitado. Lo mismo los partícipes y la investigación. Las tesis oficiales nunca son incontrovertibles en los hechos sustanciales. Eso significa que la controversia se dirige sobre la poca claridad acerca del hecho en sí mismo, sobre la forma en que ha sido producido, sobre su desarrollo y sobre los móviles. En cuanto a los partícipes, se duda de su real participación, como del número de los mismos. La investigación es igualmente puesta en duda, tanto por el desarrollo de la misma como en sus conclusiones. Tales dudas no son simplemente de litigio, sino que responden a fallas en la coherencia de la verosimilitud.

En cuanto al modo de desarrollo “escénico” del acto, nunca hay llamadas anteriores alertando al público general sobre una bomba, en el caso que éste sea el medio. Si existen heridos y muertos ocurre con mucha masividad de ellos para una provocación a la emoción y la cognición, con una cierta “espectacularidad”. Pensemos en las acciones de “stay-behind” en Europa, por ejemplo, los asesinatos de Brabante en Bélgica con 28 muertos entre ellos niños, y 24 heridos, donde encapuchados entrenados con armas de grueso calibre entraron y masacraron en un local comercial a las personas que se encontraban allí. Lo mismo en el atentado con artefacto explosivo en el Oktoberfest del 26 de septiembre de 1980 en Munich, Alemania que mató 13 personas y

---

<sup>1831</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>1832</sup> *Ibíd.*, p. 15.

200 heridos entre ellos 68 de gravedad. Lo mismo por Gladio en Italia, en general por artefactos explosivos y que en total sumarían, 491 personas así como heridas y mutilaciones a otras 1181, desde el primer atentado al último (de Piazza Fontana a la Estación de Bologna), es decir desde 1969 a 1980, 10 años aproximadamente<sup>1833</sup>. Hoy la masividad de los medios de comunicación permitirían una “espectacularidad” mayor. Por ello llama la atención la cobertura y escenificación ampulosa de los atentados de Oklahoma City, mucho más sí lo del 11/S que parece muy fílmico. Hoy igualmente se televisan decapitaciones de rehenes, muy hollywoodense y a la vez alejado de las prácticas y culturas árabes y/o musulmanas de los supuestos terroristas. Motivo para pensar.

En cuanto a la cobertura mediática, si bien la hubo en la época de la guerra fría, la expansión tecnológica y el crecimiento de los medios de comunicación han multiplicado exponencialmente la información, pero por otro lado, un gran sector se presta para integrar contenidos superfluos y poco éticos, al subsidiar la construcción de realidad con objetivos políticos y económicos, desde la propaganda hasta la venta comercial<sup>1834</sup>. En este sentido, la cobertura se ha incrementado, y la construcción de realidad a través del discurso mediático igualmente.

En cuanto a la reacción política en el endurecimiento de la lógica policial, hay una conexión entre el propósito de un fenómeno de epistemología política y obviamente la actitud política. Por ejemplo, por la acción de los “stay-behind” en Bélgica se expresó: “Los asesinatos de Brabante habían terminado porque habían cumplido su misión. El *shock* emocional fue suficiente para que el Estado Belga saliese de su estado de letargo y se reforzase”<sup>1835</sup> [el resaltado es nuestro]. Mismo *shock* se presenta en el ciudadano estadounidense, e igual reforzamiento de la autoridad política y jurídica como pudo notarse ya.

En cuanto a la celeridad de la adopción de legislación penal para los casos revisados, va significando para nosotros el que se actúa del mismo modo en que se ha supuesto que operaría la reacción informal ante un hecho criminal, lo que mueve a duda ya que no se entendería entonces, y en términos vonlsztianos, que exista realmente una objetivación de la pena, puesto que esto es más bien el reflejo de una subjetivación de la misma. La celeridad aludida, no da impresión de lo que ha venido entendiéndose siempre de ser el Estado quien justamente se hace cargo del derecho penal para racionalizar su utilización, a diferencia de la venganza privada o pública cuya reacción se entiende susceptible de irracionalidad en su definición. Muy por el contrario, parece suponer que el Estado en estos casos institucionaliza la reacción informal y la detenta. Siendo así, es posible inferir que aunque el significante es el Estado, el significado no lo expresa, sino como subjetivación de la pena, por lo que no habría de entenderse que el Estado opera aquí bajo esa aspiración de objetividad y racionalidad, sino más bien como acción impulsiva propia de la volición subjetiva movida por la irracionalidad o el interés propio, lo que lleva a preguntarse si el Estado o está irracionalizando sus contenidos de decisión demostrativos de una debilidad abismante de temple y ecuanimidad, o tras ellos se encuentran particulares intereses que lastran la penalidad de un autoritarismo parasitario.

---

<sup>1833</sup> Cifra en FASANELLA, GIOVANNI; SESTIERI, CLAUDIO; PELLEGRINO, GIOVANNI *Segreto di Stato. La verità da Gladio al caso Moro*, cit. por GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN*, p. 38.

<sup>1834</sup> Por ejemplo, y en relación a la masacre de Waco, Texas HOFFMAN señala lo siguiente: “Los medios de comunicación se mantuvo a raya, alimentado propaganda historias por los voceros del FBI que pintaron los Davidianos como cultistas enloquecidos con deseos de auto-destrucción apocalíptica - locos peligrosos que almacenaban ametralladoras y que abusaron de sus hijos. Los medios de comunicación estaban felizmente obligados, alimentando estas imágenes a un público crédulo” (HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, [http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt\\_02.htm](http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt_02.htm)).

<sup>1835</sup> Entrevista, *El ejército secreto de la OTAN*, History Chanel, Documental.

En segundo lugar, ha existido una constante actitud refractaria de los Servicios Secretos y del Gobierno de EUA de no dar ningún tipo de información o no contestar preguntas relativas a los acontecimientos expuestos. En efecto, y aún tratándose de acontecimientos ligados a los “stay-behind” los cuales han sido reconocidos ya, se niegan a señalar vinculaciones que hoy caen en la sospecha. Así y en 1995 en relación a los atentados por Gladio en Italia, pero específicamente al secuestro y asesinato del penalista y entonces ministro de gobierno Aldo Moro, la comisión del Senado italiano presidida por Giovanni Pellegrino solicitó a la CIA toda la información y archivos relativa a si se habían infiltrado en las Brigadas Rojas con anterioridad a la muerte de Aldo Moro, a lo cual aquélla se negó en entregar información, aclarando que con ello, ni negaba ni afirmaba la existencia de dichos documentos<sup>1836</sup>. Misma actitud encontramos frente al 11/S al evitar una nueva investigación que fuese objetiva, y que sea llevada por investigadores independientes y no comprometidos. Pero esto es tácticamente apoyada por parte de la población, debido al shock sufrido por el evento. Es así como Marti Hopper, Ph.D en Psicología y especialista en víctimas con trauma señala: “Hasta la fecha, tenemos nueve años de dura evidencia científica que desaprueba la teoría del gobierno de lo que sucedió el 11 de septiembre, pero aún la gente sigue ajena al hecho de que esta información existe, o se resisten completamente en mirar esta información. Por lo tanto, la pregunta es ¿por qué? ¿Por qué a la gente le perturba tanto escuchar esta información? Desde mi trabajo pienso que erraríamos si no miráramos el impacto del trauma”<sup>1837</sup>. Esta es la actitud negacionista que la psicología describe. Y curiosamente esta es una de las finalidades del shock político como estrategia. Así KLEIN señala:

“El ejemplo más claro [de trauma] fue el *shock* del 11 de septiembre, día en el cual para millones de personas el “mundo que le era familiar” estalló en mil pedazos, y dio paso a un período de profunda desorientación y regresión que la administración Bush supo explotar con pericia (...) El ataque terrorista contra las Torres Gemelas y el Pentágono era un *shock* distinto de los que habían imaginado los autores de Kubark, pero sus efectos fueron notablemente similares: profunda desorientación, miedo y ansiedad agudas, y una regresión colectiva”<sup>1838</sup> [el resaltado de la autora].

¿Son éstos “riesgos” o “nuevos riesgos”? A nuestro entender no, ni metodológicamente entendidos así, ni fácticamente así considerados. No lo son del punto de vista metodológico, porque desde el inicio desestimamos la teoría del riesgo como base. Ni lo son fácticamente, porque ellos responden a un patrón ya sentado en la actividad de los “stay-behind”, por ende, no presentan más que una continuidad de acción, y aún, hasta el día de hoy.

Dos consecuencias surgirían al seguir la tesis hiperrealista; una para el derecho penal, y otra para los derechos civiles/humanos.

Tratándose del derecho penal, si la penalidad se ha construido sobre una base ficta, lo que se ha hecho es producir una legislación sin sustento en el derecho informal y sin alimentación de circuito alguno con éste, lo cual implica que no existen necesidades materiales por las cuales producir derecho.

Por otro lado, la producción de sentidos jurídico-penales, sobre la superficie ya existente de significados hiperrealistas, no sólo produce la hiperrealidad penal, sino además y con ello, fenómenos como los descritos por BRANDARIZ de la “hipervisibilización” de los delitos, provocados por la *massmedia*, donde a través de una

<sup>1836</sup> GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN*, p. 70.

<sup>1837</sup> 911expertsspeakout.org, *Architects & Engineers for 9/11 Truth*, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=k2xlBXHhVSs>], [fecha de visita: 28/10/2014].

<sup>1838</sup> KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, p. 40.

“gramática de la representación mediática de los fenómenos criminales”, se produce una “confusión entre lo lejano y lo próximo, y la consiguiente tendencia a sustituir la experiencia propia por la representación mediática como condicionante capital de las percepciones sociales”, cuestión que “genera una sensación de ubicuidad y especial perversidad de la criminalidad”<sup>1839</sup>. Esta exacerbación del fenómeno criminal, o mejor dicho, su visibilización, se corresponde con las formas de representación de la realidad social que se han facturado. A nuestro juicio, no es más que los fenómenos de distorsión, donde el derecho penal queda atrapado por lo ilusivo, y donde esta “hipervisibilización” de que habla BRANDARIZ, no es más que manifestación y consecuencia de un *derecho penal hiperreal*. Una ciencia penal basada en esta premisa, debería necesariamente en no conformarse con la realidad evidente, con lo que las apariencias declaran, ya que en su disposición lógica de ser coherente con las formas jurídico-penales, si éstas son hiperreales, la ciencia penal que escudriñe los sentidos basados en ésta habrá de ser igualmente hiperreal, sino se corre el riesgo de un derecho penal clausurado en sus significaciones propias y autoreferentes, más productor de signos que el propio simulacro sobre el cual se construye.

Si se demostrara, e incluso si existiesen sospechas de la existencia de una hiperrealidad, el derecho penal debería abstenerse de ajustarse o ser congruente con dicha hiperrealidad (*in dubio mitius*), y esperar a que la ciencia penal se establezca críticamente ante ella, a fin de poder despejar las sombras que lo obnubilan, y determinar la realidad social en sus relaciones más desnudas, para hacer al derecho penal con ellas congruente. Si los legisladores penales no actúan mejor que en una reacción informal, ¿qué podemos esperar ya? Sin investigar la realidad, al legislador penal no debiera quedarle más camino que abstenerse de actuar, porque las consecuencias de una legislación penal sin correlato a necesidades materiales reales y concretas, producen disminución y privación de derechos fundamentales algunos previstos y otros insospechados. El silencio y la prudencia, ante este tipo de casos, le sienta muy bien.

Tratándose de los derechos civiles/humanos, dos consecuencias a nivel general podemos extraer.

La primera, se pudo comprobar y colegir de cómo los derechos civiles son afectados inevitablemente por la ampliación de la penalidad, no por el terrorismo, sino a consecuencia de las decisiones políticas ante cualquier hecho terrorista, más aún, en un *terrorismo encubierto*, ya que éste último pretende la motivación de decisiones que lleven a penalizar a grupos, o bien, a ampliar los instrumentos que supongan una intervención de la penalidad en el cuerpo social, sea a través de legislación penal, sea a través de la disciplina, el control y la vigilancia (los “dispositivos” foucaultdeleuzianos). Respecto de esto último, llama la atención, por ejemplo, que vaya asociado casi indefectiblemente a leyes antiterroristas la necesidad del agente encubierto, cuestión que sí se justifica en las organizaciones criminales, es decir, organizaciones creadas con un fin criminal, pero que en el caso del denominado terrorismo donde su etiqueta es tan caprichosa a la luz de lo ya estudiado (por el peligro del construccionismo social de su constante definición), que cualquier grupo puede ser anatemizado *a priori*, y con ello, el poder de infiltración de los agentes encubiertos se amplía a cualquier célula social que pueda manifestar una idea antisistémica o que no se encuentre en el *establishment* político, bajo el pretexto de detentar aunque sea la mera posibilidad de convertirse en un grupo terrorista. Esto sirve para informar de cualquier tipo de disidencia de grupo y de sus integrantes, una importante fuente de vigilancia que atenta poderosamente contra la libertad de reunión y el derecho a la intimidad.

---

<sup>1839</sup> BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, pp. 10-11.

La segunda consecuencia, es que si esta clase de *terrorismo encubierto* prosigue desarrollando su concepto en la realidad, la producción de ficción terminará construyendo definitivamente una realidad social incuestionable, no fácticamente incuestionable sino ideológicamente incuestionable, en el sentido marxiano y freedeniano del término ideología, es decir, como encubrimiento de la realidad y como objeto no polemizable, respectivamente, lo que lo transforma, a fin de cuentas, en algo no mejor que una creencia de sesgo fanático. Y en dicha idea se hace “participar” a la heterología política para que concedan sus derechos civiles. Tal y como el juez estadounidense Douglas lo advierte:

“Los peligros que se intentan suprimir están regularmente sobreestimados. La historia demuestra a través de un ejemplo tras otro como han sido excesivos los temores de las generaciones anteriores, que se estremecieron ante las amenazas que, con el beneficio de la retrospectiva, ahora sabemos que eran meras sombras. Esto en sí mismo debiera inducir a la generación moderna para ver con prudente escepticismo las alarmas recurrentes sobre las potencialidades fatales de la disidencia .... Los amantes de la libertad no pueden darse el lujo de sacrificar su superioridad moral mediante la adopción de métodos totalitarios con el fin de crear, auto-engañándose, una sensación de seguridad. La represión, una vez que es aceptada como una forma de vida, es probable que luego se propague”<sup>1840</sup>.

Por lo demás, la tesis del terrorismo supone fundarla en la idea de la guerra indefinida, y como tal toda guerra supone renunciar a libertades civiles para engrosar las de la lógica policial, lo que hace que se mantengan situaciones de guerra para seguir detentando poderes extraordinarios, cuestión que sucede con la Administración gubernamental norteamericana desde G. W. Bush a Obama. Pero la guerra sin fin, también sin fin hipoteca las libertades. Toda concesión de libertad, es aumentar el poder de los administradores de las mismas. Y a disminución de las libertades individuales, aumento de la autoridad cenital. Cuando lo que se supone extraordinario, se prolonga, se vuelve en ordinario, y si las libertades son cedidas temporalmente, si el tiempo de cesión se extiende, toda cesión deviene en un autoritarismo extremo. Por ende, la mantención de situaciones de guerra es la forma de instauración soterrada del autoritarismo. Cada porción de libertad que siendo cedida se mantiene, hace reflotar desde los rincones escondidos de la sociedad, el autoritarismo asido como parásito de las unidades de organización social.

De ahí que BAUDRILLARD, y a propósito de la Guerra del Golfo sentencie:

“El efecto general que produce es el de una burla a la que ni siquiera habremos tenido tiempo de aplaudir. La única escalada habrá sido la de las engañifas, que inauguran la era definitiva de las grandes confrontaciones que se desvanecen en la niebla. Los acontecimientos del Este todavía brindaron la sensación de una sorpresa divina. Nada semejante en el Golfo, el acontecimiento ha sido devorado por, adelantado por el virus parasitario, el retrovirus de la historia. Por eso cabía emitir la

---

<sup>1840</sup> “The perils sought to be suppressed are regularly overestimated. History shows in one example after another how excessive have been the fears of earlier generations, who shuddered at menaces that, with the benefit of hindsight, we now know were mere shadows. This in itself should induce the modern generation to view with prudent skepticism the recurrent alarms about the fatal potentialities of dissent.... [T]he lovers of freedom cannot afford to sacrifice their moral superiority by adopting totalitarian methods in order to create a self-deluding sense of security. Suppression, once accepted as a way of life, is likely to spread” (Cit. por BEALL, JENNIFER A., “Are we only burning witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996’s Answer to Terrorism”, p. 699).

hipótesis de que esta guerra no tendría lugar. Y ahora que ha concluido, podemos por fin darnos cuenta de que no ha tenido lugar<sup>1841</sup>.

Probablemente se esté en una guerra contra el terrorismo, que también nunca ha tenido lugar.

---

<sup>1841</sup> BAUDRILLARD, JEAN, *La guerra del Golfo no ha tenido lugar*, [trad. THOMAS KAUF], Editorial Anagrama, Barcelona, 1991, pp. 67-68.





## CONCLUSIÓN

1. Habíamos señalado inicialmente en la introducción de este trabajo, cómo la primera de dos hipótesis generales que enfrentaba el modelo expansivo era el objetivo a tratar como punto de partida, sobre todo por sus problema que siendo metodológicos afectaban epistemológicamente la apreciación del fenómeno jurídico-penal central en dicho modelo, esto es, el aumento de la legislación penal y la inferencia de dicho fenómeno en cuanto a estimarlo como inflacionario.
2. Del estudio aquí realizado se puede concluir que efectivamente es posible apreciar dichos problemas en el modelo expansivo, y que se hace necesario para la apreciación del fenómeno, ir en el sentido inverso a sus problemas para su superación. Algunos de éstos, que son estimados como centrales, fueron el *cierre del foco metodológico* y la *ausencia de materialidad y racionalidad en la base explicativa*, y su obvia vuelta de tuerca es la apertura del foco metodológico y la dotación de materialidad y racionalidad a dicha base.
3. La *apertura del foco metodológico* implicó, considerar lo reducido o recortado por la expansión espacio-temporalmente, que fue la apertura que hace SÁEZ VALCÁRCEL sobre la política de EUA, y el integrar una extensión mayor de tiempo (causas de largo aliento) para constatar si existe dependencia de aquéllas para alterar el fenómeno observado, esto es, el aumento del derecho penal. Derivado de ello fue que también importó incluir la visión de los discursos de politólogos de la modernidad, para rastrear causas probables del aumento, en el entendido de ser aquél el marco definido para la modernidad en la cual se sitúa aún nuestro tiempo. Igualmente obligó a considerar la variante crítica del derecho penal del enemigo, para preguntarse por las causas o factores sobre los efluvios autoritarios de la legislación penal y de las normas que pretenden acercarse a la esfera civil y las *cogitationes* del sujeto. Y también supuso el abordar acontecimientos a través del prisma de la epistemología política.
4. Todo ello, finalmente, tuvo consecuencia para visibilizar las relaciones silenciadas entre la política y el derecho penal por el diseño moderno (Cap. VI) y el cómo las formas que adquiría esta relación determinaban al derecho penal (Cap. VII), para estimarlas como causas o factores de los fenómenos inflacionarios, los cuales explicaban gran parte del problema que el modelo expansivo denomina como “intensificación”.
5. Los fallos o defectos relativos a la *ausencia de materialidad y racionalidad* en un instrumento de análisis como un modelo, se entiende haberse satisfecho al poner como centro de definición al bien jurídico en tanto dotado de un contenido material desde el sistema BUSTOS/HORMAZÁBAL, y no la sola consideración del aumento normativo para estimar inflacionario un crecimiento de la legislación, sino que proporcionarle un punto de correlación material (la realidad social/bien jurídico) como forma de medición (racionalidad), aunque fuese finalmente cualitativa, pese a darle algún modo de cuantificación (elasticidad de la ley).
6. Una de las cuestiones relacionadas con la ausencia de materialidad, es el tema del uso del concepto del riesgo como percepción y miedo, antes que como probabilidad. Ésta idea que había sido recogida en DEL ROSAL en la crítica por

ausencia de materialidad, presenta ciertas ideas conclusivas que sería bueno revisar aquí.

7. En efecto y hoy por hoy, al introducir normalmente en Iberoamérica el tema y la discusión sobre los delitos de peligro, se comienza con un breve introito de fundamentación en el modelo expansivo y su idea del riesgo como miedo y percepción, para terminar en la supuesta expansión de esta clase de delitos. De algún modo se ha posicionado como idea dominante en una suerte de *argumentum ad autoritas*. Pero lo cierto es que fuera de solo significar esto, ha trocado la idea directriz del riesgo en tanto probabilidad, por la del riesgo en tanto miedo y percepción, con lo que siendo desplazada aquélla, gradualmente es preterida, terminando por ausentar del foco central en el análisis del riesgo una idea fuerte (probabilidad científica) con pleno anclaje en la racionalidad.
8. Ahora y ya en el plano epistemológico y como visión conclusiva general, el modelo de la “expansión”, a nuestro parecer, presenta dos problemas: uno, la apreciación del fenómeno del crecimiento normativo (eventualmente también el hermenéutico); el otro, la descripción de causas.
9. Para nosotros, el modelo expansivo de modo general estaría errado en su observación de la realidad. El derecho penal de la actualidad ni habría sufrido un crecimiento desmedido o un gigantismo en las áreas que señala que ha crecido, ni habría crecido por las causas que el modelo de la expansión expresa para ella. La realidad en este punto es algo más compleja que ello, y su complejidad hace interrogar fundamentos materiales de definición y causas de mayor amplitud.
10. La primera edición de “La expansión...”, que está referida casi en exclusiva a la criminalidad de los poderosos, afirma, que ha habido un crecimiento desmedido de la legislación penal en esta área, y ello es visualizado como la existencia de “más derecho penal” en la vida civil. Sin embargo, la pregunta no debería estar dirigida solo al crecimiento de la legislación penal, para considerar “más derecho penal”.
11. La *teoría de la inflación penal* no se pregunta, al menos no como fundamento, de los movimientos (aumentos o disminuciones) de la legislación penal, sino del movimiento existente del derecho penal.
12. Esto obviamente significa no solo considerar solo la legislación penal, sino la jurisprudencia. Pero esto es solo la representación de uno de los nodos de esta relación, que es la totalidad de las fuentes formales, sino que según la teoría aquí expuesta, debe considerarse igualmente el derecho informal. Estos dos ámbitos forman parte del concepto de derecho penal.
13. Por ello que para preguntarse por los aumentos o disminuciones del derecho penal, la *teoría de la inflación penal* parte de un concepto de derecho penal diferente al meramente formal.
14. Ello, porque el aumento o disminución de solo la legislación penal, no es un indicador válido de la existencia de inflación penal, como trata de demostrar el modelo expansivo y todos los modelos de explicación y/o teóricos formalistas. Solo la relación existente entre la legislación y la realidad social, o de modo más específico, entre el derecho formal y el derecho informal, es aquél que puede arrojar un indicador válido para determinar la existencia de inflación o deflación penal, y en tal relación ha de indagarse las variables de dicho aumento.

15. La aserción de un crecimiento de la legislación penal en el sector de la denominada “criminalidad de los poderosos” sería aceptable, sólo si se desconsidera y se prescinde de forma absoluta de los bienes jurídicos materiales que fundamentan dicha legislación.
16. La *teoría de la inflación* prueba lo anterior, al postular que sólo habríamos de entender un desequilibrio inflacionario, según lo siguiente y de modo copulativo: a) siempre que se funde en las variables de crecimiento normativo y crecimiento de bienes jurídicos materiales, las cuales son dependientes condicionalmente; b) derivado de lo anterior, cuando exista una producción normativa por sobre la producción de bienes jurídicos.
17. Ello lleva a entender que no podemos considerar una sola variable, como por ejemplo, el crecimiento normativo, para determinar si existe o no crecimiento penal, ya que la producción normativa aislada de sus relaciones con la realidad social no determina si existe más derecho penal en la vida civil.

## I. El fenómeno de la “extensión”

1. Lo que el modelo de la expansión denomina como “extensión” podría ser explicado a través de la *teoría de la inflación penal*, como la expresión de un cambio social respecto del cual se han derivado bienes jurídicos materiales, con lo cual se encuentra en una situación donde el producto material de bienes jurídicos se ha incrementado por sobre la producción normativa. Ello de igual modo significa que ha existido una ruptura de la elasticidad de la ley lo que hace que ya la ley se encuentre desadaptada de la realidad social, siendo por ello necesaria una reforma legal.
2. En esta línea de razonamiento se encontraría lo señalado por HORMAZÁBAL quien, antes de la entrada en vigencia del Código Penal español de 1995, comenta que en lo relativo a los delitos socioeconómicos, la criminología había precedido al derecho penal al tratar éstos, existentes en la sociedad como “nuevas formas de violencia, nuevos conflictos y, por tanto, nuevas formas de criminalidad”<sup>1842</sup>, las cuales permanecían al margen del Derecho Penal. Si bien el autor piensa que existe un problema de incriminación primaria, también existe un problema de incriminación secundaria, donde existiendo ciertos tipos que pueden perseguir una responsabilidad criminal por delitos económicos, no son perseguidos por los Tribunales, lo que se traduce en que se trate “de normas que no tienen vigencia real, de normas que simplemente están cumpliendo una función simbólica de carácter ideológico, en el sentido de dar la impresión de la existencia de una tutela jurídico penal frente a la transgresión normativa”<sup>1843</sup>.
3. HORMAZÁBAL describe, según la *teoría de la inflación penal*, dos fenómenos: en el primer caso, una *deflación normativa*, por la ausencia de incriminación primaria; y para el segundo caso de ausencia de incriminación secundaria, una *deflación*

<sup>1842</sup> HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, “Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, el hecho y la necesaria reforma del sistema penal español”, p. 203.

<sup>1843</sup> *Ibíd.*, p. 191.

*jurisprudencial*, presentando un *desfase formal* entre fuentes formales (jurisprudencia/ley), la cual parece ir por la vía de ser un obstáculo al cambio social.

4. Por ello igualmente interpretada bajo este prisma, la opinión en doctrina ya revisada de MARTÍNEZ-BUJAN en 1981, de que no existe proceso “inflacionista” alguno ante la existencia de criminalización de las nuevas formas delictivas en el terreno económico y social, respondiendo a éstas con infracciones contra el orden socioeconómico (producción normativa), por atentar contra valores fundamentales de la comunidad merecedoras de sanción jurídico-penal<sup>1844</sup> (producción de bienes jurídicos).
5. Siendo así, el panorama descrito por el modelo expansivo como “extensión” e inflación penal, se presentaría ante nosotros nada más que un ajuste del derecho penal respecto del desfase que existía entre una crecida producción de bienes jurídicos materiales, y una (comparativamente) disminuida producción normativa, cuestión que viene a constituirse en un fenómeno penalmente deflacionario. Dicho de otro modo y conforme a la teoría aquí presentada, los fenómenos que el modelo de la expansión percibe de un modo, son descritos por la teoría de la inflación penal de otro, ello porque donde la expansión ve inflación penal, la *teoría de la inflación penal ve deflación penal*. Y esto es, porque solo se evalúa la realidad tomando como único, solo el que debe considerarse como el primer presupuesto a tener en consideración en una evaluación crítica, esto es, la realidad inmediata. Y ésta reza, que efectivamente existe un crecimiento desmesurado de la legislación penal. Al quedarnos solo con este primer presupuesto como único, caemos en un realismo ingenuo.
6. Las legislaciones penales que últimamente incorporan disposiciones normativas o cuerpos de legislación criminales referidos a delitos socioeconómicos, tendrían - para nosotros- el objeto de resolver el *desfase formal-informal* y la ausencia de incriminación primaria, compensando así esa deficiencia deflacionaria, con lo que se intentaría recuperar el equilibrio entre *producción de bienes jurídicos* y *producción normativa*, allí donde existiría tal y como señalase ABANTO respecto de ésta criminalidad, un “déficit de criminalización”<sup>1845</sup>. Tal déficit, se debe justamente a que la realidad normativa se fue moviendo en un punto de su sinuosidad con mayor aceleración que la legislación penal que se había rigidizado. Lo que las legislaciones penales enfrentan al tiempo de su dictación respecto de la criminalidad socioeconómica, es la determinación de un nuevo punto de arranque para su *proyección rígida*, por lo cual se coherentiza la *proyección rígida* con la *proyección sinuosa*, y como es posible que se trate de un cuerpo normativo en tanto nueva organización jurídico-penal (justamente por tratarse de nuevos objetos), entonces no existiría en lo macro, segmento o distancia con *proyección rígida* alguna.
7. Las modificaciones legales en ese sentido, han de intentar avanzar en congruencia con las modificaciones de la realidad social, las cuales, en virtud de las relaciones sociales que surgen de todo el universo de relaciones de producción ya cristalizadas pero intensificadas en su producción (y con ello su

---

<sup>1844</sup> MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "La inflación del derecho penal y del derecho administrativo", p. 212.

<sup>1845</sup> ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", p. 37.

contradicciones), habían originado una serie de conflictos de relevancia penal que dialécticamente producen objetos que definen la conducta conflictiva: bienes jurídicos materiales. Y de la mano de esto, el problema que surge con ello no es solo coherentizar el *desfase* a través de la producción normativa, sino en el cómo se produce, esto es, técnicas de elaboración de los tipos penales<sup>1846</sup>, lo que desde el punto de vista del enunciado de la disposición normativa no es específicamente en el *qué* enfocar (bien jurídico), sino en el *cómo* enfocar (técnica de tipificación).

8. Partiendo de este presupuesto y muy a grandes rasgos habemos de señalar que para el caso del Código Penal español, en el recogimiento de algunos tipos legales, la técnica legislativa o nomografía podría ser lo deficiente<sup>1847</sup> y las precisiones dogmáticas del legislador penal en general<sup>1848</sup>, más no la producción normativa que viene a salvar un problema de congruencia a la realidad social, y donde la posible anomia venía a representar un obstáculo al cambio social.
9. En efecto, el legislador penal español tanto del Código de 1983 como de 1995 ha ido tratando de coherentizar de modo veloz la legislación penal con la realidad social española (en casi diez años). Pero al mismo tiempo, y no sin razón, la ciencia penal española dado a la misma velocidad mencionada, ha entrado hasta cierto punto en un estado de perplejidad en la elaboración de categorías, sobre todo en uno central, que es la de determinación y definiciones del bien jurídico en los delitos socioeconómicos, lo que denota además la existencia de un *desfase doctrinario-formal*. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, señala para este caso lo siguiente:

“Los principales problemas en cuanto a esta cuestión se plantean en el campo de los delitos socioeconómicos frente a los que el jurista, acostumbrado al método de resolución creado para los bienes jurídicos individuales, se enfrenta a conflictos para los que el Derecho penal hasta ahora no estaba preparado. Además de ello, la proliferación legislativa en este campo es fruto de la intervención estatal que acomete la regulación administrativa y también penal de determinados sectores en los que, normalmente, confluyen un cúmulo de intereses. Ante este proceso, la instancia crítica liberal del bien jurídico ha desarrollado hasta ahora un escaso papel limitador que ha constituido, precisamente, uno de los principales motivos de desarrollo de una corriente de opinión que estima que en las sociedades desarrolladas e industrializadas el bien jurídico ya no desarrolla una función garantista, por lo que hay que buscar nuevos criterios que, adaptados a nuestra evolución económica, posibiliten efectivamente la labor de limitación legislativa”<sup>1849</sup>.

<sup>1846</sup> Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 156.

<sup>1847</sup> Señala GOMEZ TOMILLO en relación a los delitos sexuales: “Probablemente el origen de tanto cambio de criterio legislativo en este específico marco encuentre su raíz en el sistema original adoptado en 1995 que pretendió romper con el modelo que venía rigiendo en el anterior Código Penal y que, en definitiva, impone un esquema regulativo muy deficiente, de los peor concebidos a lo largo de todo el código, que probablemente requiera de una reconsideración global y no de sucesivos parches” (GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, “Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal”, p. 2).

<sup>1848</sup> De algún modo reconocido por SILVA SÁNCHEZ en el carácter de difuso del bien jurídico “propiedades del suelo”/“ordenación del territorio” del Código Penal español: “Se trata, obviamente, de un bien jurídico supraindividual, que muestra las características propias de esta clase de bienes, en particular la indefinición de sus márgenes y la consiguiente dificultad en determinar cuándo puede estimarse efectivamente lesionado”(SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español”, p. 438).

<sup>1849</sup> MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 42.

De ahí que la autora proponga un constante proceso de revisión –cuestión muy del *derecho penal crítico*, en todo caso- frente a la carencia de discusión respecto de los bienes jurídicos colectivos. “Es necesario precisar –señala la autora salmantina- que la diversidad de matices de los bienes jurídicos individuales ha sido uno de los objetos del trabajo de la doctrina penal tradicionalmente, sin embargo, este mismo proceso no se ha producido respecto a los bienes jurídicos colectivos cuya novedad y reciente incorporación a los códigos ha impedido un proceso de discusión tan minucioso como el desarrollado en el ámbito individual”<sup>1850</sup>.

10. Habiendo dicho esto podríamos indicar que igualmente es la teoría la que ha quedado desajustada de la realidad que trata de describir. Ha habido una cierta *rigidez* en la *proyección* de la ciencia penal, en relación tanto a la *proyección rígida* como *sinuosa*. Esta puede deberse a múltiples razones, ya sea que haya existido renuencia a estas formas de criminalidad por desfigurar el constructo dogmático clásico de un derecho penal nuclear, sea por proteger expresa o tácitamente tal criminalidad y sus sujetos en una expresión de defensa de clase, o por centrar su interés en delitos clásicos o simplemente por ausencia de examen para estas formas de criminalidad. Esto no implica necesariamente que no hubiese existido de parte de la doctrina penal esfuerzos individuales de precisión en esta área, pero la falta de consensos, a diferencia de los delitos clásicos -que digamos en justicia, hay más de un siglo de coexistencia (sino más) de la investigación criminológica/penal con dichos delitos y solo un poco menos para la elaboración de categorías y sistemas que empaticen con ellos-, ha complotado para establecer un sistema de categorías que la describan con aspiración (medianamente) universal de validación.

## II. El fenómeno de la “intensificación” desde la teoría de la inflación

11. El modelo expansivo, considera el fenómeno de la “intensificación” igualmente como “expansión”, y por ende, crecimiento normativo<sup>1851</sup>. Estimamos que uno de los problemas que aqueja al modelo expansivo, en la explicación de estos fenómenos, es justamente su fundamento metodológico, esto es, la teoría del riesgo de BECK.
12. En efecto, ya en el Capítulo II habíamos efectuado una crítica, respecto a la volatilidad del concepto de riesgo, de su falta de materialidad, lo que lo convierte en un diagnóstico superficial, ya que su análisis lo concentra en los efectos de ‘algo’ llamado riesgo que finalmente se reduce a mera percepción, con lo que reconoce de paso, la labilidad del campo sobre el cual se asientan los hechos.
13. Esto, conforme a las consecuencias epistemológicas del modelo, es caminar sobre hielo delgado, ya que su derrotero es un esquema de explicación dependiente en

---

<sup>1850</sup> Ibid., pp. 42-43.

<sup>1851</sup> En DONINI se aprecia los términos derecho penal del enemigo/crecimiento de los delitos (DONINI, MASSIMO, “El Derecho penal frente al “enemigo””, p. 659).

sus fundamentos de las percepciones, y se sabe lo engañosas que pueden ser las mismas, sobre todo cuando de acuerdo a nuestra construcción biológica y al hecho de compartirla con todos los seres sociales, la “tentación de la certidumbre” convierte a nuestras ilusiones en una caída cognoscitiva del cenit al nadir perfectamente generalizada, y lastimosamente de forma habitual. *Nam et sensibus eadem omnium comprehenduntur, et ea quae movent sensu, itidem movent omnium*<sup>1852</sup>.

14. Por otro lado, la teoría del riesgo es más bien una tesis explicativa, inmovilizadora, ya que desde ella no se puede generar una real crítica. Ahora, como el modelo expansivo es una tesis sobre una teoría, es decir, como los hechos que la teoría describe de la realidad son reproducidos por el modelo expansivo, no da cuenta de una realidad diversa de la teoría que la presenta y da fundamento, ya que son los hechos interpretados por la teoría del riesgo los cuales usa el modelo expansivo. La probabilidad de encontrar en la expresión del riesgo como percepción –y en palabras de ZEMELMAN- un pensamiento ficticio, es altísima. Esto de algún modo queda reflejado en los hechos estudiados por nosotros a través de la *epistemología política* del Capítulo VIII, y viene a revertir, desde la teoría de la inflación, la base teórica del riesgo.
15. Dado al foco de criminalidad al que se dirigen los fenómenos descritos por la expansión bajo el rótulo de “intensificación”, no representan en muchos casos nuevas formas de criminalidad, sino más bien, la presentación de una perspectiva, en delitos ya consignados como tales por el legislador, que representan el derecho penal clásico<sup>1853</sup>, pero que se reclama una exasperación de los mismos.
16. Para la *teoría de la inflación penal*, no existen nuevas relaciones sociales concretas respecto de las cuales existen afecciones graves de relevancia penal, existiendo un *desfase formal-informal*, ya que este crecimiento normativo, que habría de ser un excedente, no se correlaciona con una producción de bienes jurídicos materiales, constituyéndose así, en un fenómeno inflacionario. En este sentido, llama la atención el pretender cubrir la demanda criminal en esferas donde el derecho penal ya se encuentra presente, a través de reformas que no hacen más que satisfacer una demanda criminal desentendida de la coherencia entre realidad social y las formas jurídico-penales. Por lo que al derecho penal se le reclama con un valor de uso, con lo cual, el derecho penal se transforma en objeto de satisfacción del consumo, más que de la realidad social relevante penalmente. En este sentido, las ampliaciones legislativas relativas a la “intensificación”, serían objetos nuevos para viejas necesidades ya cubiertas por el derecho penal<sup>1854</sup>.
17. Todo esto en el entendido que no se produzcan nuevas relaciones sociales conflictivas, verbigracia, como para el caso de las mercados delictuales, o las organizaciones criminales, las cuales si bien tienen por objeto delitos ya regulados

<sup>1852</sup> “Porque los sentidos de todos pueden percibir lo mismo y, lo que impresiona los sentidos de uno impresiona los de todos” (CICERÓN, MARCO TULIO, *Las leyes*, pp. 76-79).

<sup>1853</sup> DONINI, MASSIMO, “El Derecho penal frente al “enemigo””, p. 633, p. 659.

<sup>1854</sup> “Por lo demás, en la actualidad no se tiende a resolver esta incoherencia [entre objeto y satisfacción], sino a *dar satisfacción a las necesidades sucesivas mediante objetos nuevos*. Así ocurre que cada objeto, sumado a los demás, subviene a su propia función, pero contraviene al conjunto, y a veces incluso subviene y contraviene, al mismo tiempo, a su función propia” [el resaltado es nuestro] (BAUDRILLARD, JEAN, *El sistema de los objetos*, [trad. FRANCISCO GONZÁLEZ ARAMBURU], Siglo XXI, México D.F., 1969, pp. 6-7).

por la legislación penal, es mas bien la forma de organización la cual es observada para regulación.

18. Pero si bien un crecimiento normativo a la luz de este fenómeno de la intensificación es un excedente, éste, lejos de ser simplemente un excedente metodológico, no lo es su consecuencia en la vida civil. Ello y porque de acuerdo a lo señalado, como los bienes jurídicos a los que se refiere la intensificación, aún siguen siendo bienes jurídicos existentes dentro de un derecho penal nuclear o clásico, la producción normativa es la que sólo aumenta, manteniendo su constante la producción de bienes jurídicos, de lo cual resulta una producción inflacionaria.
19. Por otro lado, la *teoría de la inflación penal* en cambio y como se basa en un modelo crítico, cuestiona los hechos sobre los cuales la legislación penal habría de fundamentarse para su crecimiento: en primer lugar, constatando si existen bienes jurídicos materiales que den sustento al crecimiento normativo en proporción a la producción normativa; en segundo lugar, poniendo en cuestionamiento los hechos que darían origen a un derecho penal de emergencia en la actualidad, sobre todo si ello significa la introducción de autoritarismo político y como consecuencia, una rigidización punitiva.
20. Tales hechos, deben ser cuidadosamente observados, porque siempre significan una mayor intervención de la legislación penal en la vida civil sin sustento a producción de bienes jurídicos materiales, lo cual importa, mayor introducción de violencia en aquélla. En la actualidad y en la mayoría de los casos de ocurrencia de hechos inusuales en la vida civil y que la alteran intensamente, sean éstos eminentemente políticos o bien penales, tienen cierta tendencia a ser direccionados para un mayor control de la *lógica policial*. Ello produciría un desfase formal-informal, por el evidente crecimiento de la producción normativa que trae aparejada.
21. En razón de los estudios aquí realizados de *epistemología política*, muchos de los acontecimientos actuales que dan origen a lo antes expresado, tienen una alta probabilidad de ser una construcción social ficta como ya se revisó, lo cual devendría en una *hiperrealidad* política y penal. En algunos casos se debe analizar el hecho por inverosímil; en otros, el hecho es cierto, solo que la atribución a individuo o grupo determinado es inverosímil; en otros, hechos y grupos son ciertos, solo que los términos “infiltrado” y “cabezas de turco”, son expresiones que explicarían lo inverosímil de las razones aludidas por los grupos y por la comisión de los hechos. La historia deja una enseñanza al respecto que no puede desconocerse, y respecto de la cual se han señalado algunos hechos con consecuencias penales como base argumentativa en esta tesis. Abandonar la legislación penal, la cual representa la respuesta más grave del Estado, solo a merced del movimiento de “sombras chinas”, no sólo representa un equívoco, sino que resulta a lo menos, preocupante. Y por otro lado, desconsiderar tales hechos que modifican la percepción y la realidad de otros con graves consecuencias políticas y penales, igualmente intranquiliza. Las informaciones, están allí; los trabajos científicos, del mismo modo: todos ellos accesibles, contrastables y susceptibles de ser polemizados. De ahí la necesidad, siguiendo a BUSTOS, de además de ser penalista, ser criminólogo, y serlo crítico.



22. Es por ello que cuestionamos la postura de SILVA SÁNCHEZ en “La expansión...”, que adolecería de cierto realismo ingenuo: “...la existencia de una demanda social –señala SILVA SÁNCHEZ- constituye un punto de partida *real*, de modo que la propuesta que acabe acogándose en cuanto a la configuración del Derecho penal no habría de eludir el darle a la misma una respuesta también *real*”<sup>1855</sup> [resaltado del autor]. Como el autor parte de este escenario y de este carácter “real” aceptado con “resignación”, hace entonces una “propuesta realista” y con el fin de “racionalizar”<sup>1856</sup> la regulación jurídico-penal en respuesta a la demanda, donde “desde un Derecho penal con vocación *racionalizadora*, han de acogerse las demandas sociales de protección precisamente “penal”<sup>1857</sup> [el resaltado es nuestro]. El uso aquí del término “realidad”, es decidor para explicar el fundamento de su propuesta, y las consecuencias hacia donde lo conducen, ya que la concepción de lo real en SILVA SÁNCHEZ se basa, a fin de cuentas, en lo inmediatamente percibido, la *doxa*, lo que se considera como expresión de lo real. Tal realidad social así, es punto de base de la demanda penal, en cómo ésta a su vez se expresa, y es considerada en esta forma, sin cuestionamientos sobre si los fundamentos de lo real son verdaderamente expresión genuina de lo real, o simplemente representa una visión distorsionada del mismo.
23. *Sustituir fundamentos basados en la teoría del riesgo por una teoría crítica*, frente a lo que significa la arremetida moderna de la penalidad como violencia social en la vida civil, es una urgencia.

### III. Causas o factores políticos en la *inflación penal*

24. No todo aumento de la legislación penal significa un aumento de la violencia penal, cuando dicho aumento se acompaña a su vez de un aumento de los bienes jurídicos materiales. De no ser así, se hace necesario revisar críticamente las causas del aumento, porque puede que sus causas se encuentren engarfiadas en los movimientos de la *lógica policial*, y con ello habrá que interrogar las relaciones entre la legislación penal y el poder político, haciéndolas así visibles, pudiendo encontrar un aumento del autoritarismo o de razones económicas percibidas, o bien, de hechos a revisar por la *epistemología política*.
25. Fenómenos de *epistemología política*, tienen repercusión en la penalidad para su aumento.
26. Lo dicho, ha intentado demostrarse, en una primer *approach* con los “discursos” de los pensadores modernos recogidos en el CAPÍTULO VI, del cual se infieren las conclusiones siguientes:
- a) Existencia de un programa de ingeniería social pensado en la modernidad temprana (MAQUIAVELO, HOBBS, MONTESQUIEU, BECCARIA).

<sup>1855</sup> SILVA SÁNCHEZ, “La expansión del derecho penal” (2006), p. 8.

<sup>1856</sup> *Ibíd.*, p. 167.

<sup>1857</sup> *Ibíd.*, pp. 166-167.

- b) La finalidad principal en el ejercicio del poder político como la conservación del mismo, lo que lleva a considerar como su antípoda, a la rebelión o subversión al poder político. Dicha rebelión o subversión la visualizaban, o como una acción política, y por ende, directa contra el poder político (MAQUIAVELO, MONTESQUIEU); o como reacción a la penalidad, y por ende, indirecta (MONTESQUIEU, BECCARIA).
27. La solución al problema de la conservación del poder/rebelión o subversión para el pensamiento moderno temprano, se posibilita a través de ciertos instrumentos de ingeniería social como lo serían la estrategia, la *estética política*, la administración del poder político.
28. Dicho problema, se resolvía dependiendo de si la solución se estimaba como directa o indirecta:
- a) Si era de modo directo, las soluciones propuestas habrían de ser:
    - i. El temor como mecanismo de control social (MAQUIAVELO, HOBBS), cuyo instrumento sería la estética política.
    - ii. La distribución del poder como forma de descongestión del mismo (MAQUIAVELO, MONTESQUIEU; [FOUCAULT]), cuyo instrumento sería la estrategia y lo administrativo.
    - iii. La ilusión como fenómeno de distorsión (MAQUIAVELO, MONTESQUIEU, HOBBS, BECCARIA), cuyo instrumento sería la estrategia y la estética penal.
  - b) Si era de modo indirecto, las soluciones propuestas habrían de ser:
    - i. La moderación punitiva (MONTESQUIEU, BECCARIA);
    - ii. La invisibilización de las relaciones entre política y penalidad, para así no ser notada la relación subversiva existente entre la penalidad con el poder político (MONTESQUIEU, BECCARIA).
29. Sin embargo, las soluciones políticas propuestas traían como consecuencia otros problemas sociales que impactaban directa o indirectamente en la penalidad, generadas como efecto del diseño del aparato político. Si el *quantum* de poder es el mismo, solo que distribuido en las capas de la sociedad a través de “dispositivos” para rigidizar la vida civil, tales como aquellos que producen –para el esquema foucaultiano/deleuziano- disciplina, vigilancia y/o control, el poder de castigar que según nuestra opinión se manifiesta como resultado del autoritarismo, se reproduce en otros sectores del tejido social. Verbigracia, la Política con el objetivo de un “gobierno tranquilo”, en algunas ocasiones hecha mano a tales dispositivos, cuestión que viene a repercutir en la penalidad, según ya hemos visto.
30. Por ello, según nuestro juicio, devienen los problemas que ha sido conceptuado por el modelo expansivo como “intensificación”, y que producirían inflación penal.

31. La forma en que se han construido las relaciones entre la política y el derecho penal, produce comportamientos específicos en el derecho penal: las interacciones entre la *heterología política* y la *lógica policial*, es un factor que determina el comportamiento del derecho penal.
32. Actualmente los fenómenos de *epistemología política*, y en específico de *estética política*, por ende, producida por la *lógica policial*, se orienta a la creación de fenómenos ilusivos para la *heterología política*, con dos objetivos: a) ocultar las causas reales de las decisiones políticas; b) conseguir el consenso “democrático” y/o la persuasión o convencimiento popular para los fines estéticamente producidos. Esto, no es más que la acción política de la *lógica policial* siguiendo los presupuestos del diseño. Las causas reales así, se orientarían a objetivos político-económicos y geopolíticos, o bien, a intereses personales.
33. Bajo este presupuesto, de tener lugar un aumento de la producción normativa de la penalidad sin correlación con la producción de bienes jurídicos materiales, ha de deberse a un aumento de autoritarismo en la política, o bien, al propósito de liberalizar la economía con el fin de afianzar dicha liberalización.
34. Depende qué círculo de acción del ideograma pueda crecer para anticipar el incremento de la penalidad. De otro modo, la observación de las variables autoritarismo político o política económica (liberalización), entiende que cualquier crecimiento de éstas contempla la alta probabilidad de producir inflación penal.
35. Todo aumento del radio de acción de la *lógica policial*, produciría por consecuencia el aumento de la penalidad.
36. Por lo mismo, es posible predecir el comportamiento del derecho penal al atender a tales circunstancias, esto es, es posible predecir la inflación del derecho penal al considerar las variables anteriores, y la forma en que cada variable se correlaciona con su par.
37. El modelo expansivo menciona primordialmente al riesgo como la causa del crecimiento normativo en la llamada “intensificación”. Pero ello es acudir, para su explicación, a una causa que podría moverse en la superficie de la realidad, en la “hiperrealidad”, y como tal, las causas serían aparentes. Indaga en la realidad social que se le aparece ante sí, pero no en aquella realidad social que se encuentra en lo profundo y determina o determinaría el comportamiento del derecho penal. Describe cómo el derecho penal crece “peligrosamente” (el sol se va moviendo alrededor de la tierra), pero no repara científicamente en la causa del crecimiento (en que es la tierra quién se mueve alrededor del sol). Al atender a causas fundadas en la apariencia, y no en causas científicas (sociales), el modelo expansivo es solo explicativo, nunca crítico.
38. No toda disminución de la legislación penal supone disminuir la violencia social en clave penal, su *quantum* es básicamente el mismo y por los efectos circulatorios del poder (vigilancia, disciplina, control), la violencia se encuentra solo distribuida en el cuerpo social. Cuando un punto del tejido social haya de ser afectado por la violencia, sea en su crecimiento o disminución, otro será a su vez e igualmente afectado.

39. ¿Cuáles son los problemas de ello? Éstos son derivables uno de otro, a saber: a) Una reducción de la penalidad, con un mismo *quantum* de violencia, dado al diseño original (liberal), no se hace posible; b) Para reducir no basta simplemente con disminuir la penalidad, puesto que si afectamos un punto del entramado social, afectaremos inevitablemente otro, y donde disminuyamos algo, otra cosa habrá de aumentar ante un mismo *quantum*, ya que el diseño original es una reforma total que no constituye solo la reforma a la penalidad, siendo ésta parte de una integralidad. Sus relaciones con la política son inevitables dentro de este modelo; c) Si se quiere distribuir el *quantum* para reducirlo, lo distribuido tiende a ser reconducido hacia el entorno social, produciendo fenómenos de disciplina/vigilancia (FOUCAULT), y de control (DELEUZE); d) Como el diseño general tiende a invisibilizar las relaciones entre la política con la penalidad, las correlaciones entre ambos por sus efectos en el *quantum*, no pueden describirse ni mensurarse, a menos de reconducir las relaciones a la luz.
40. Así y como en la previsión crítica que aporta el derecho penal del enemigo, de que con el principio de protección de bienes jurídicos se puede llegar a penalizar las *cogitationes*, igualmente dicho principio puede conducir, y en concomitancia con la finalidad de prevención general negativa, a la adopción de una política criminal de la vigilancia y el control, con el fin de proteger bienes jurídicos. Porque si de su protección ha de tratarse, la vigilancia por su naturaleza se encuentra un paso antes en la anticipación de cautela, de la cual, el control a fin de cuentas es una variante social de la vigilancia. Visualizado por FOUCAULT, los fines de prevención negativa fue una de las contribuciones del pensamiento ilustrado. Pero claro está, y profundizando dicha idea, que la penalidad general en la sociedad por consecuencia y no solo la legislación penal, se vería reforzada en otros ámbitos sociales, tal y como lo es, la vigilancia policial, por ejemplo. Esto es, que lo que se sustrae de la política penal y quita como peso de la legislación penal -las penas del *ancién regimen*-, se reconduce y distribuye hacia el resto de la política criminal, arrojando violencia al cuerpo social. Esto es claro, por ejemplo y como ya señalamos más atrás, al pensar en los agentes encubiertos en delitos antiterroristas, donde la vigilancia cobra su papel relevante en la penalidad, trayendo como consecuencia el acorralamiento de las libertades civiles. El círculo del autoritarismo se cierra sobre el sujeto, reduciendo, por consecuencia, su círculo de libertad. La penalidad toda se ve en crecimiento.
41. Es por ello que hay en la postura del minimalismo penal un espejismo, al suponer que la disminución de la penalidad implica disminución de la violencia. Claro, ello habría de producirse dentro de la legislación penal y penitenciaria y como violencia del Estado traducible en producción normativa estrictamente penal. Pero otros puntos tenderían a ser reforzados en el tejido social, arrojando el mismo *quantum* de violencia social que suponía ser eliminado. El problema es sistémico, y si el penalista o el criminólogo reducen el foco de observación a factores visibles e inmediatos del aumento o de crecimiento penal, incapacitará su discurso con parcialidades de la realidad social. Un minimalismo penal sin más, no es solo acrítico, sino igualmente conserva, por ser una suerte de derecho penal liberal, los fundamentos del diseño ilustrado –cosa que FERRAJOLI en su trabajo, se encarga de explicitar abiertamente-, con lo que se mantienen invisibles las relaciones entre lo político y la penalidad. Las observaciones no se dirigen a reducir la violencia en el cuerpo social, sino solo en la penalidad, con lo que se

abjuraría de usar la herramienta penal en casos de real criminalidad, como la criminalidad socio-económica.

#### IV. El concepto de “expansión”

42. En primer lugar, entendemos que toda la narración de “La Expansión...” se funda en una retórica, más que una lógica. En efecto, la primera edición tiene por objetivo fundamental la criminalidad de los poderosos. El uso que se hace del concepto de expansión produce, al equiparar un contenido significativo en el de la inflación penal, una demonización de todo crecimiento normativo, y con ello, una reacción emotiva de rechazo (“peligrosamente”) y no la racionalización de su procedencia o improcedencia. Así habría de resultar que el término sirva para motejar la criminalidad socioeconómica, con lo cual el “discurso” se dirige a provocar la impresión que más derecho penal es más violencia penal. Al introducir como concepto la “intensificación” por la segunda edición de “La Expansión...”, ya el principio sostenido en la primera edición varía, con lo cual existe una cierta indulgencia movida por la resignación hacia el crecimiento de la legislación penal, con lo cual parece acogerse una suerte de principio de ‘más derecho penal, más violencia pero necesaria’, o de ‘más derecho penal, pero... ¡qué puede hacerse!’. No existe una lógica que se establezca ante todo evento, sino que son razonamientos que se van adaptando “emocionalmente”, “retóricamente” si se quiere, a la misma percepción a la cual parece ligarse el tema del riesgo.
43. En segundo lugar, el concepto de “expansión” fue revisado profusamente y lo sometimos a cuestionamiento en el Capítulo V. Nuestra opinión allí fue la superfluidad metodológica del concepto de expansión, debido a que el significado que la doctrina penal daba al término inflación, no era diferente al de “expansión”, aún en la actualidad. Siendo el término de inflación ya usado e incorporado en la ciencia penal, no se ve por ello razón de la utilización diferenciada del concepto de “expansión”. Pero además de lo dicho, el uso del término “expansión” en sí mismo es ya distorsionador, ya que trae consigo el significado semántico del término inflación, en cuanto crecimiento penal, el cual tiene un contenido axiológicamente negativo por ser crecimiento del derecho penal en la vida civil (sin correlato material), y con usar el término “expansión”, le proporciona semánticamente un idéntico contenido axiológico negativo, pero al solo crecimiento normativo, sin ser evaluados los fundamentos del acrecimiento, cosa que el término “expansión” ocultaría al no efectuar observaciones críticas sobre sus factores o causas de crecimiento.
44. Por todo lo dicho, se concluye la necesidad del abandono del concepto “expansión”.

## V. Corolario

45. A la pregunta de si existe aumento del derecho penal actualmente, la respuesta es sí. Sin embargo, a esta pregunta debiera asociarse copulativamente otra que es, “¿significa dicho aumento, crecimiento de la violencia estatal en la vida civil?”.
46. El modelo de la expansión responde sí a ambas preguntas. Pero ello se debe a dos puntos de partida: uno epistemológico, y el otro jurídico. El primero, porque considera por realidad última “evaluable”, la realidad inmediata. De ahí su realismo ingenuo. El segundo, es su concepto de derecho penal, el cual considera a la legislación y a la jurisprudencia como únicas fuentes de un derecho punitivo, con lo que se identifica el significado de derecho penal con sus fuentes. Esto es, un concepto formal. Así, todo realismo ingenuo y toda teoría formal responderá un sí para ambas.
47. La pregunta por el concepto del derecho penal aquí, no fue una pregunta por el contenido de la disciplina, sino que se interroga al concepto según como está relacionado a un sistema de referencia específico, el cual fue delimitado desde las discusiones que analizaban los fenómenos de crecimiento de la legislación penal moderna, tal y como lo hace el modelo de la expansión. Éste habla de “derecho penal” (aún en su título), pero en puridad extiende sus consideraciones a la criminalidad y a aspectos netamente criminológicos. “Derecho penal” así, se encuentra en un sistema de referencias que incorpora como tales, legislación y hechos (criminalidad), y donde tanto su *intensión* como su *extensión* apuntan semántica y fácticamente a aquéllos. Es dentro de este sistema de referencias que el modelo expansivo asigna el significado de derecho penal solo a la legislación penal, y secundariamente a la jurisprudencia, con lo que su significado sinonimiza derecho penal con fuentes formales.
48. Por el contrario, la *teoría de la inflación penal*, considera el derecho informal y las fuentes materiales, para dar significación al concepto. En estricto rigor, no solo considera lo normativo, sino además lo criminológico, que a buenas cuentas habría de significar la infraestructura de lo normativo. Es allí donde tienen su realidad los bienes jurídicos materiales, y es desde allí donde es posible establecer relaciones entre las variables estudiadas.
49. Es así como a la pregunta “¿significa dicho aumento, crecimiento de la violencia estatal en la vida civil?”, la *teoría de la inflación penal* responde en un primer momento no de modo directo, sino en un sentido condicional: “depende de los factores, y de la correlación entre variables”. Y no podría responder de otro modo, desde que su punto de partida es la realidad evaluada, es decir, la realidad observada críticamente; y además, la consideración formal/informal, criminológico/penal de los fenómenos de la penalidad. Resolviendo esto, solo entonces puede responderse, con lo cual no siempre todo aumento de la legislación penal es aumento de violencia. La respuesta al problema para la *teoría de la inflación penal*, será así siempre y entonces, contingente.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico", (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 1-52.
- ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL, "Acerca de la teoría de bienes jurídicos", *Revista Penal*, N° 18, 2010, pp. 1-44. <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/283/273>, fecha de visita: 29/11/2013.
- ADORNO, THEODOR; FRENKEL BRUNSWIK, ELSE; LEVINSON, DANIEL; SANFORD, NEVITT, "La personalidad autoritaria", *Empiria*, Revista de Metodología de Ciencias Sociales, N° 12, julio-diciembre, 2006, pp. 155-200.
- ALBÈRGAMO, MARIA, "Maurizio Ferraris: Reconstruir la deconstrucción bajo la bandera del realismo", Entrevista a Maurizio Ferraris, *Revista de Occidente*, N° 390, Noviembre, 2013 <http://www.revistasculturales.com/xrevistas/PDF/97/1693.pdf>, fecha de visita: 08/11/2014.
- ALCALÉ SANCHEZ, MARÍA, "Delitos sobre la ordenación del territorio", TERRADILLOS BASOCO, JUAN, *Derecho penal del medioambiente*, Editorial Trotta, 1997, pp. 13-34.
- ÁLVAREZ-OSSORIO ALAVIÑO, ANTONIO, *Milán y el legado de Felipe II*, Sociedad estatal para la conmemoración de los centenarios de Felipe II y Carlos V, Madrid, 2001.
- AMBOS, KAI, "Derecho penal del enemigo", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 119-162.
- AMELUNG, KNUT, "El concepto <<bien jurídico>> en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 227-264.
- AMOLEF, ANDREA, "La alteridad en el discurso mediático: Mapuches y la prensa chilena II", Boletín IFP, Junio 2004, *Mundo indígena*, [Disponible on line: <http://www.programabecas.org/numero/VII-9.pdf>], Fecha de visita: 22/4/2012.
- ANGIONI, FRANCESCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore, Raccolta di studi di diritto penale*, N° 32, A. Giuffrè, Milano, 1983.
- ANIYAR DE CASTRO, LOLITA, "Los crímenes de odio: discurso político y delincuencia violenta en Venezuela. El respeto a las diferencias y el rol de la criminología crítica en Venezuela en los inicios del siglo XXI", *Capítulo Criminológico*, Vol. 36, N°2, 2008, pp. 5-39. Disponible online: [http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0798-95982008000200001&lng=es&nrm=iso](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0798-95982008000200001&lng=es&nrm=iso), p. 37).
- ANTKOWIAK, BRUCE A., "The Pinkerton Problem", *Pen State Law Review*, Volume 115, N°3, 2011, pp. 607-639, [Disponible online: <http://www.pennstatelawreview.org/115/3/115%20Penn%20St.%20L.%20Rev.%203.607.pdf>], [fecha de visita: 17/10/2014].
- APONTE, ALEJANDRO, "Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad", (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 163-204.
- ARAMAYO, ROBERTO, "Estudio preliminar", en KANT, IMMANUEL, *Crítica de la razón pura*, [trad. PEDRO RIBAS], Clásicos Alfaguara, Ediciones Alfaguara, 1978.
- ARANGIO-RUIZ, VICENTE, *Historia del Derecho Romano*, [trad. FRANCISCO DE PELSMAEKER E IVÁÑEZ], 5ª edición, Reus, Madrid, 1994.

- ARELLANO HERNÁNDEZ, ANTONIO, "Naturaleza y cultura: hacia una epistemología política", Colección Lucem Aspicio, N° 3, 2013, [Disponible online: <file:///C:/Users/edison/Downloads/coleccion%20la3.pdf>], [fecha de visita: 24/10/2014].
- ARENDT, HANNA, *Los orígenes del totalitarismo*, [trad. GUILLERMO SOLANA], Taurus, Madrid, 1998.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, [trad. PEDRO SIMÓN ABRIL], Vol. I, Folio, Navarra, 1999.
- ARISTÓTELES, *La Política*, [trad. NICOLÁS ESTÉVANEZ], Casa Editorial Garnier Hermanos, París, 1932.
- ARISTÓTELES, *Política*, [trad. MANUEL GARCÍA VALDÉS], Vol. 116, Biblioteca Clásica Gredos, Editorial Gredos, Madrid, 1988.
- ARNOLD, MARCELO; OSORIO, FRANCISCO, "Introducción a los Conceptos Básicos de la Teoría General de Sistemas". *Cinta Moebio*, N° 3, 1998, 40-49. <http://www.moebio.uchile.cl/03/frprinci.htm>, fecha de visita 20/08/13.
- ARRILLAGA ALDAMA, LUIS, "Maquiavelo: El poder que fue y no pudo ser", *Revista de estudios políticos*, N° 38, 1984, pp. 215-238.
- ARROYO ZAPATERO, LUIS; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO; FERRÉ OLIVÉ, JUAN CARLOS; GARCÍA RIVAS, NICOLÁS; SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN; TERRADILLOS BASOCO, JUAN (DIR.), *Comentarios al Código Penal*, 1º edición, Iustel, Madrid, 2007.
- ARTAZA, MANUEL Mª DE, "Estudio Preliminar", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, [trad. FERNANDO DOMÉNECH REY], Ediciones Istmo, Madrid, 2000.
- ASHBY, W. ROSS, Proyecto para un cerebro, [trad. Víctor Sánchez de Zavala], Editorial Tecnos, Madrid, 1965.
- Associazione Franco Bricola, "Gli ottant'anni del Codice Rocco", *Congreso 2010, Bologna 19/20 de marzo de 2010*, [Disponible en [www.unibo.it/Portale/Ricerca/CodiceRocco.htm](http://www.unibo.it/Portale/Ricerca/CodiceRocco.htm)], [fecha de visita: 1/4/2010].
- ASUA BATARRITA, ADELA, "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, "finalidades terroristas", y conductas periféricas", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 239-276.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, MANUEL, *Sobre la analogía en el Derecho. En ensayo de análisis de un razonamiento jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1986.
- AYLWIN, JOSÉ, "Los conflictos en el territorio mapuche: antecedentes y perspectivas", *Perspectivas, Departamento de Ingeniería Industrial*, Universidad de Chile, vol. 3, N° 2, 2000, pp. 277-300.
- AYLWIN, JOSÉ; YÁÑEZ, NANCY; SÁNCHEZ, RUBÉN, "Pueblo mapuche y recursos forestales en Chile: devastación y conservación en un contexto de globalización económica", *Documento de Trabajo*, Observatorio Ciudadano IWGIA (Grupo Internacional de Trabajo sobre Pueblos Indígenas), 2014, [Disponible online: [http://www.mapuche.nl/doc/forestal\\_chile140121.pdf](http://www.mapuche.nl/doc/forestal_chile140121.pdf)], [fecha de visita: 8/04/2014].
- BACHOF, OTTO, *Jueces y Constitución*, [trad. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO], 1º edición, Editorial Civitas, Madrid, 1985.
- BALMACEDA HOYOS, GUSTAVO, *El delito de estafa informática*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago de Chile, 2009.
- BARAN, MARINI, DOS SANTOS, FALETTO, CARDOSO. Vid. SOTELO VALENCIA, ADRIAN, *La teoría de la dependencia en América Latina*, Tiempos Modernos, México D.F., 2005; SOTELO VALENCIA, ADRIAN, "Dependencia y sistema mundial: ¿convergencia o divergencia? contribución al debate sobre la teoría marxista de la dependencia en el Siglo XXI", *Revista Da Sociedade Brasileira de Economia Política*, Río de Janeiro, 2005, [Disponible en <http://www.redem.buap.mx/pdf/adrian/adrian28.pdf>], [fecha de visita: 23/09/2010].
- BARATTA, ALESSANDRO, *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*, [trad. Álvaro Búnster], 8º edición, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2004.



- BARBER, SUZZANNE; HALE, MATT, "Upcycling the Past, Present, and Future in Steampunk", TADDEO, JULIE ANN; MILLER, CYNTHIA, *Steampunk fiction*, Scarecrow Press, UK, 2013, pp. 165-184, p. 167.
- BARTOLETTI, JULIETA; MANGIANTINI, MARTÍN, "El movimiento estudiantil chileno reciente. Algunos elementos para su análisis", <http://www.mov-estudiantil.com.ar/terceras/20082.pdf>, fecha de visita: 08/04/2014, p. 1-17.
- BASTIDA FREIXEDO, XACOBÉ, "Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del derecho penal del enemigo", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 277-304.
- BATTISTA RATTI, GIOVANNI, "La interpretación como solución del problema de las lagunas", en PÉREZ BERMEJO, JUAN MANUEL; RODILLA, MIGUEL ÁNGEL, *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico. Actas del XII Seminario Ítalo-Español de Teoría del Derecho*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 71-110.
- BAUDRILLARD, JEAN, *El sistema de los objetos*, [trad. FRANCISCO GONZÁLEZ ARAMBURU], Siglo XXI, México D.F., 1969.
- BAUDRILLARD, JEAN, *Cultura y simulacro*, [trad. PEDRO ROVIRA], Editorial Kairós, Barcelona, 1978.
- BAUDRILLARD, JEAN, *La guerra del Golfo no ha tenido lugar*, [trad. THOMAS KAUF], Editorial Anagrama, Barcelona, 1991.
- BAUDRILLARD, JEAN, *El crimen perfecto*, [trad. Ministerio francés de la Cultura y la Comunicación], Editorial Anagrama, Barcelona, 2000.
- BAUDRILLARD, JEAN, *Las estrategias fatales*, [trad. JOAQUÍN JORDÁ], Editorial Anagrama, Barcelona, 2000.
- BAUDRILLARD, JEAN, *La ilusión vital*, [trad. ALBERTO JIMÉNEZ RIOJA], Siglo XXI, Buenos Aires, 2002.
- BEALL, JENNIFER A., "Are we only burning witches? The Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996's Answer to Terrorism", *Indiana Law Journal*, Volume 73, Issue 2, Article 17, 1998, pp. 693-710. [Disponible online: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1933&context=ilj>], [fecha de visita: 18/10/2014].
- BECCARIA, CESARE, "Ricerche intorno alla natura dello stille", Opere, Sergio Romagnoli (edit) Sansoni-Firenze, 1958.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (c), [trad. SANTIAGO SENTIS MELENDO Y MARINO AYERRA REDIN], Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (d), [trad. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE], Ediciones Orbis, Barcelona, 1985.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (e), [trad. JUAN ANTONIO DE LAS CASAS], 1ª edición, 2ª reimpresión, Alianza Editorial, 2002.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas* (f), [trad. JUAN ANTONIO DE LAS CASAS], Tecnos, Madrid, 2008.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y las penas* (a), [trad. GUILLERMO CABANELLAS], Editorial Atalaya, Buenos Aires, 1945.
- BECCARIA, CESARE, Opere, Sergio Romagnoli (edit) Sansoni-Firenze, 1958.
- BECERRA, MAURICIO, "De psicosis tóxica a predisposición mórbida: Emergencia de la figura del toxicómano en Chile: 1872 – 1954", *Biopolítica*, [Disponible online: [http://www.biopolitica.cl/docs/publi\\_bio/Mauricio\\_Becerra\\_psicosis\\_toxica.pdf](http://www.biopolitica.cl/docs/publi_bio/Mauricio_Becerra_psicosis_toxica.pdf)], [fecha de visita: 17/05/2014].
- BECK, ULRICH, "La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva", en EDITORIAL, ALIANZA, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, [trad. ALBORÉS, JESÚS], Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Lash, Scott, Madrid, 1997, Cap. 1, pp. 13-73.

- BECK, ULRICH, "La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva", en EDITORIAL, ALIANZA, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, [trad. ALBORÉS, JESÚS], Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Lash, Scott, Madrid, 1997, Cap. 1, pp. 13-73.
- BECK, ULRICH, "Teoría de la modernización reflexiva", en ANTROPHOS, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, [trad. BERIAIN, JOSETXO], Giddens, Anthony; Bauman, Zigmunt; Luhmann, Niklas; Bech, Ulrich, Barcelona, 1º ed, 1996, Cap. 7, pp. 223-265.
- BECK, ULRICH, "Teoría de la sociedad del riesgo", en ANTROPHOS, *Las consecuencias perversas de la modernidad*, [trad. BERIAIN, JOSETXO], Giddens, Anthony; Bauman, Zigmunt; Luhmann, Niklas; Bech, Ulrich, Barcelona, 1º ed, 1996, Cap. 6, pp. 201-222.
- BECK, ULRICH, *¿Qué es la globalización?* (Falacias del globalismo, respuestas a la globalización), [trad. BERNARDO MORENO Y Mª ROSA BORRÁS], 1º edición, Paidós, Barcelona, España, 1998.
- BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo global*, [trad. JESÚS ALBROÉS REY], Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002.
- BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo mundial*, [trad. ROSA CARBÓ], Paidós, Barcelona, España, 2008.
- BECK, ULRICH, *La sociedad del riesgo*, [trad. JORGE NAVARRO, DANIEL JIMÉNEZ, Mª ROSA BORRÁS], Paidós, Barcelona, 2001.
- BECK, ULRICH, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, [trad. MARTIN STEINMETZ], 1º edición, El Roure, Barcelona, 1988.
- BECK, ULRICH; GIDDENS, ANTHONY; LASH, SCOTT, "Réplicas y críticas", en EDITORIAL, ALIANZA, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, [trad. ALBORÉS, JESÚS], Beck, Ulrich; Giddens, Anthony; Lash, Scott, Madrid, 1997, Cap. 1, pp. 209-255.
- BEER, STAFFORD BEER, *Diseñando la Libertad*, [trad. Amparo Rodríguez], Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1977.
- BELLO RENGIFO, CARLOS SIMÓN, "Las razones del Derecho penal", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 305-324.
- BENNETT, DALE E.; JOSEPH, CHENEY C., "The Louisiana Criminal Code of 1942 - Doctrinal Provisions, Defenses, and Theories of Culpability", *Louisiana Law Review*, Volume 52, N°5, Louisiana State University, May 1992, [Disponible online: <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol52/iss5/2/>], [Fecha de visita: 17/10/2014], pp. 1099 y ss.
- BENTHAM, JEREMY, *Nomografía o el Arte de redactar leyes*, [trad. Cristina Pabón], Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- BERGARECHE, BORJA, "El próximo presidente de E.E.U.U. estará atrapado por lo que herede de Bush", *ABC*, Castilla y León, Martes 20 mayo, 2008, p. 40.
- BERGER, PETER; LUCKMANN, THOMAS, *La construcción social de la realidad*, [trad. SILVIA ZULETA], Amorrortu Editores, 2001, Buenos Aires.
- BERISTAIN, ANTONIO, *Cuestiones penales y criminológicas*, Instituto Editorial Reus, S.A., Madrid, 1979.
- BERTALANFFY, LUDWIG VON, *Teoría general de los sistemas*, [trad. JUAN ALMELA], Colección "Ciencia y Tecnología", Fondo de cultura económica, Madrid, 1993.
- BERTALANFFY, LUDWIG, *Teoría General de los Sistemas. Fundamentos, desarrollo, aplicaciones*, [Juan Almela], Fondo de cultura económica, México D.F, 1989.
- Biblioteca del Congreso Nacional, *Actas de la Ley 11.625*.
- Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley 19.617 que Modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materias relativas al delito de violación*, Disponible online:

<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/3848/1/HL19617.pdf>, fecha de visita: 6/11/2013.

- BITAR CHACRA, SERGIO et al, *¿Qué es necesario para que en Chile se concrete el proyecto liberal?*, Fundación Presidente Balmaceda, Santiago de Chile, 2002.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría General del Derecho*, [Eduardo Rozo Acuña], Editorial Temis, Bogotá, 1987.
- BOSCH, ESPERANZA; FERRER, VICTORIA, *La voz de las invisibles*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2002..
- BOIX REIG, JAVIER; ORTS BERENGUER, ENRIQUE, "Consideraciones sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual, por la Ley Orgánica 11/1999", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 1007-1032.
- BRANDA, CORINA INÉS, "Razón natural y racionalidad política en el Leviatán de Thomas Hobbes", *Res publica*, Nº 20, 2008, pp. 67-94.
- BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo", *Mientras Tanto*, No. 102, 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011].
- BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito", *Derecho penal de excepción: terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch Valencia, 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011].
- BRANDARIZ GARCÍA, JOSÉ ÁNGEL, "Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del estado social y de crisis del estado-nación", 2007, [Disponible en <http://www.ecrim.es/publicationsC.html>], [fecha de visita: 25/05/2011].
- BRENNER, SUSAN W., "Of Complicity and Enterprise Criminality: Applying Pinkerton Liability to RICO Actions", *Missouri Law Review*, Volume 56, Issue 4 Fall 1991, pp. 1-84, <http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3059&context=mlr>, [fecha de visita: 17/10/2014].
- BUENO, GUSTAVO, "En torno al concepto de izquierda política", *El Basilisco* (Oviedo), Nº 29, 2001, § 4, <http://www.filosofia.org/rev/bas/bas22901.htm>, fecha de acceso: 24/08/2014.
- BUENO, GUSTAVO, *El mito de la izquierda*, 5ta edición, Ediciones B, Barcelona, 2003.
- BUESA, MIKEL; BAUMERT, THOMAS; VALIÑO, AURELIA; HEIJS, JOOST; GONZÁLEZ GÓMEZ, JAVIER, "¿Pueden servir los atentados como fuente de financiación del terrorismo?" *La Ilustración liberal*, Revista española y americana, N ° 31, Primavera 2007, <http://www.ilustracionliberal.com/31/pueden-servir-los-atentados-como-fuente-de-financiacion-del-terrorismo-mikel-buesa-thomas-baume.html>, fecha de visita: 24/09/2014.
- BÜLOW, OSKAR, "Legge e ufficio del giudice", [trad. e postfazione di P. Pasqualucci], *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 30, 2001, pp. 199-254.
- BÜLOW, OSKAR, *Gesetz und Richteramt*, Verlag von Dunker & Humblot, Leipzig, 1885, pp. VII-XII. [Disponible online: <http://archive.org/stream/gesetzundrichte00blgoog#page/n12/mode/2up>], [fecha de visita: 02/10/2013].
- BULYGIN, EUGENIO, "En defensa de el Dorado. Respuesta a Fernando Atria", *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2005, pp. 73-86, p. 78.
- BUSCAGLIA, CHRISTIAN, "La oscura relación de negocios entre las familias Bush y Bin Laden", 2011, *elmostrador.mundo*, <http://www.elmostrador.cl/mundo/2011/05/02/la-oscura-relacion-de-negocios-entre-las-familias-bush-y-bin-laden/>.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al derecho penal*, 3ª edición, Editorial Temis, Bogotá, 2005.

- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Manual de Derecho Penal*, Parte Especial, 2ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, "Significación social y tipicidad", *Estudios penales y criminológicos*, Nº 5, 1980-1981, pp. 9-42.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Control Social y Sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen I, Editorial Trotta, 1997.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, *Nuevo sistema de derecho penal*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
- CACHÓN CADENAS, MANUEL; CID MOLINÉ, JOSÉ, "La pena de días-multa como alternativa a la prisión", en CID MOLINÉ, JOSÉ; LARRAURI PIJOAN, ELENA (DIR.), *Penas alternativas a la prisión*, BOSCH, Barcelona, 1997, Cap. 2, pp. 39-57.
- CALDERÓN CEREZO, ÁNGEL, *Delitos contra el orden socioeconómico*, La Ley, Madrid, 2008.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, "De nuevo: ¿Derecho Penal del enemigo?" en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2ª ed, 2006, pp. 85-152.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Derecho penal" del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000", *Jueces para la democracia*, Nº 44, 2002, pp. 19-26.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL; FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar", en JAKOBS, GÜNTHER, *La pena estatal: significado y finalidad*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1ª ed, 2006.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL; GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS, "Presentación", en CANCIO MELIÁ, MANUEL; GÓMEZ-JARA DIEZ, CARLOS (COORD.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo 1, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. VII-XXIII.
- CANDINA POLOMER, AZUN, "Seguridad Ciudadana y Sociedad en Chile Contemporáneo. Los delincuentes, las políticas y los sentidos de una sociedad", *Revista de Estudios Históricos*, Volumen 2, Nº1 Agosto de 2005, [Disponible online: [http://www.estudioshistoricos.uchile.cl/CDA/est\\_hist\\_simple/0.1474.SCID%253D15047%2526ISID%253D540%2526PRT%253D15044.00.html](http://www.estudioshistoricos.uchile.cl/CDA/est_hist_simple/0.1474.SCID%253D15047%2526ISID%253D540%2526PRT%253D15044.00.html)], [fecha de vista: 17/05/2014].
- CANO PAÑOS, MIGUEL ÁNGEL, "Internet y terrorismo islamista. Aspectos criminológicos y legales", *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Diciembre, Nº 22, 2008, pp. 67-88.
- CANO, MIGUEL ÁNGEL "Perfiles de autor del terrorismo islamista en Europa", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 11-07, 2009, [Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-07.pdf>], [fecha de visita: 24/07/2011].
- CARNEVALI RODRÍGUEZ, RAÚL, *Problemas de política criminal y otros estudios*, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009.
- CARNEVALI, RAÚL, "La mujer como sujeto activo en el delito de violación. Un problema de interpretación teleológica", *Gaceta Jurídica*, N º250, abril, 2001, pp. 13-18, pp. 14-18.
- CARO GARZÓN, OCTAVIO AUGUSTO, "La doctrina Bush de la guerra preventiva: ¿Evolución del "ius ad bellum" o vuelta al Medioevo?", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Vol. 36, Nº 105, 2006, pp. 399-429.
- CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, "La idea de pacto social en Chile. Hacia los albores de un pacto y de una nueva constitución", *Revista Cisma*, Nº1, 2 semestre, 2011, pp. 1-45.
- CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, "La 'relación' como objeto de la ciencia del derecho penal", *Revista lus et praxis*, Año 18, N º 1, 2012, pp. 151-186.



- CARRASCO JIMÉNEZ, EDISON, *Aspectos y problemas del delito de violación*, Vol. 2, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.
- CASTORIADIS, CORNELIUS, *El Ascenso de la insignificancia*, [trad. S/T], Ediciones Cátedra, Madrid, 1998.
- CASTORIADIS, CORNELIUS, *Figuras de lo pensable (Las encrucijadas del laberinto VI)*, [trad. S/T], Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002.
- CAVALLLO, RICCARDO, "La critica al formalismo giuridico nel pensiero di Hermann Heller", *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 39, 2010, pp. 405-436.
- CAVERO, PERCY GARCÍA, *Derecho penal económico, Parte general*, ARA Editores E.I.R.L., Lima, 2003.
- CERESO MIR, JOSÉ, "Consideración generales sobre las causas de justificación", *VOGLER, THEO (Herausgeber), Festschrift für Hans-Hienrich Jescheck zum 70, Geburstag*, Duncker & Humblot, Berlín, 1985.
- CHRISTIAN, GEORGE; BAILEY BARBARA; CHASE, PETER; NOCEK, JANET, "Un desafío a la USA Patriot Act", *Educación y Biblioteca*, N°166, Julio-Agosto, 2008, pp. 111-116. [Disponible online: [http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/119540/1/EB20\\_N166\\_P111-117.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/119540/1/EB20_N166_P111-117.pdf)], [Fecha de visita: 23/10/2014].
- CIARAMITARO, FERNANDO, "El autoritarismo-absolutismo en el Antiguo Régimen Origen aragonés del virreinato y poderes del virrey en Nueva España", *Contribuciones desde Coatepec*, N° 15, julio-diciembre, 2008, pp. 65-81, pp. 66-67.
- CICERÓN, MARCO TULIO, *Las leyes*, [trad. ÁLVARO D'ORS], Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.
- COBO DEL ROSAL, MANUEL, *Comentarios al Código penal*, Tomo VIII, Edersa, Madrid, 2004,
- CODDOU, ALBERTO; ROJAS, PATRICIO; AMAT, PABLO, "Violencia Policial", *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, 2012, pp. 251-283.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO, "De las garantías penales y de la aplicación de la ley penal (Arts. 1 al 9)", en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, CÁNDIDO (DIR.), *Código Penal Comentado*, Tomo I, BOSCH, Barcelona, 2004, pp. 11-36.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, "Sistema de penas y líneas político-criminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un "Derecho penal de dos velocidades"?" en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Tomo I, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 383-414.
- Corte Constitucional, "Sentencia C-939/02, 31/10/2002, Control de Constitucionalidad de Decreto Legislativo de Desarrollo de Conmoción Interior, Bogotá, Colombia".
- COVER, ROBERT, *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*, [trad. CHRISTIAN COURTIS], Gedisa editorial, Barcelona, 2002.
- DE LA CUESTA AGUADO, PAZ M., "Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N ° 6, Madrid, 1996, pp. 137-191.
- DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, "Algunas reflexiones a propósito de la teoría de la interpretación en la obra de François Géný", *Quaderni fiorentini*, Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 20, 1991, pp. 119-148.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO, *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DEL CARMEN IGLESIAS, MARÍA, *El pensamiento de Montesquieu*, Alianza Universidad, Madrid, 1984.
- DEL VALLE ROJAS, CARLOS, "Interculturalidad e intraculturalidad en el discurso de la prensa: Cobertura y tratamiento del discurso de las fuentes en el "conflicto indígena

- mapuche", desde el discurso político", *Redes.com*, N° 2, pp. 83-111, [Disponible online: <http://www.compoliticas.org/redes/pdf/redes2/9.pdf>; fecha de visita: 22/4/2012].
- DELEUZE, GILLES, *Foucault*, [trad. JOSÉ VÁSQUEZ PÉREZ], 1ª edición, Ediciones Paidós, Barcelona, 1987.
  - DELEUZE, GILLES, *Nietzsche y la filosofía*, [trad. CARMEN ARTAL], 4ª edición, Editorial Anagrama, Barcelona, 1986.
  - DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "Del "derecho penal liberal" al "derecho penal del enemigo"", *Revista de la Justicia Penal*, Editorial Librotecnia, Abril, N° 4, Santiago de Chile, 2009, pp. 11-42.
  - DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "El derecho penal del enemigo Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 473-510.
  - DEMETRIO CRESPO, EDUARDO, "El derecho penal del enemigo Darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado "Derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 473-510.
  - DENKOWSKI, CHARLES, "La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿Continúa el Derecho policial de los Lánder alemanes, tras el 11 de septiembre, con el Derecho penal político antiliberal?" en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 511-552.
  - DI FILIPPO, MARILÉ, "Walter Benjamin y Jacques Rancière: arte y política. Una lectura en clave epistemológica", *Revista de Epistemología y Ciencias Humanas*, N°3, pp. 257-288, <http://www.revistaepistemologi.com.ar/biblioteca/17.%20Walter%20Benjamin%20y%20Jacques%20Ranciere%20arte%20y%20politica.%20Una%20lectura%20en%20clave%20epistemologica.pdf>, fecha de visita: 9/9/2014.
  - DÍAZ PADILLA, FAUSTO, "El concepto de hombre en Nicolás Maquiavelo", *El Basilico*, Mayo-Octubre, N° 10, 1980, pp. 51-60.
  - DÍAZ-ARANDA, ENRIQUE, *Teoría del delito* (doctrina, jurisprudencia y casos prácticos), Straf, México, 2006.
  - DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-01, 2005, pp. 1-37.
  - DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 06-03, 2004, pp. 1-34.
  - DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La política criminal en la encrucijada*, Julio César Faira-Editor, Buenos Aires, 2007.
  - DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Editorial Trotta, Madrid, 2003.
  - Discurso de S.E. el Presidente de la República Sebastián Piñera al realizar un balance de la gestión en el Gobierno Santiago, 27 de Diciembre de 2010) [<http://www.gob.cl/discursos/2010/12/28/balance-primer-ano-de-gobierno-cuentas-publicas-2010.htm>]
  - DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al "enemigo"", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 603-684.
  - DONINI, MÁXIMO, "La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico (a)", *Revista Penal*, [trad. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ], Enero, N° 13, 2004, pp. 67-84.

- DONINI, MÁXIMO, "La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico (b)", *Revista de Estudios de la Justicia*, [trad. CRISTINA MÉNDEZ RODRÍGUEZ], N° 4, 2004, pp. 27-50.
- DONOSO, JAVIERA, "Violencia política en el sur de Chile: Estado, grupos económicos y Pueblo Mapuche. La Alianza Territorial Mapuche (Pu Lof Xawun) en el gobierno de Michelle Bachelet", *Revista SudHistoria*, Año 1, N° 1, julio-diciembre, 2010, pp. 228-245.
- DOUGNAC, PAULETTE; HARRIES, ELIZABETH; SALINAS, CLAUDIO; STANGE, HANS; VILCHES, MARÍA JOSÉ [AUTORES]; LAGOS, CLAUDIA [editora], *El diario de Agustín. Cinco estudios de casos sobre El Mercurio y los derechos humanos (1973-1990)*, LOM, Santiago de Chile, 2009.
- DUBBER, MARKUS D., "Guerra y paz: Derecho penal del enemigo y el modelo de potestad Policial del Derecho penal estadounidense", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 685-724.
- DUCCI CLARO, CARLOS, *Interpretación jurídica*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1997, p. 120.
- DUSSEL, ENRIQUE, 1492: *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del "mito de la modernidad"*, Colección Academia, La Paz, 1994.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Ética de la liberación* (en la edad de la globalización y de la exclusión), Colección estructuras y procesos, Filosofía, Editorial Trotta, Madrid, 1998.
- DUSSEL, ENRIQUE, *Política de la liberación*, Vol. II, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- DWORKIN, RONALD, *Una cuestión de principios*, [trad. VICTORIA BOSCHIROLI], Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- EASTMAN, TIMOTHY E.; COLE, JONATHAN H., "WTC Destruction: An Analysis of Peer Reviewed Technical Literature 2001-2012", *Journal of 9/11 Studies*, Volume 37, April 2013, pp. 1-16.  
<http://www.journalof911studies.com/resources/2013EastmanColeVol37Apr.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014.
- ECO, HUMBERTO, *Tratado de semiótica general*, [trad. Carlos Manzano], Lumen, Barcelona, 2000.
- ESPEJO, RAÚL, *Conceptos y prácticas del control; una experiencia concreta: la dirección industrial en Chile*, Proyecto SYNCO, CORFO, Santiago de Chile, 1973.  
[Disponible online:  
[http://www.cybersyn.cl/imagenes/documentos/textos/informe\\_r\\_espejo.pdf](http://www.cybersyn.cl/imagenes/documentos/textos/informe_r_espejo.pdf)], [fecha de visita: 24/10/2013].
- ESQUILO, *Tragedias*, [trad. IÑAKI JARAUTA], 1º edición, Gradfico, Buenos Aires, 2004.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho penal, Parte especial*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho Penal*, Tomo III, 3º edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998.
- ETCHEZAHAR, EDGARDO; CERVONE, NÉLIDA, "El estudio del autoritarismo en el continuo ideológico-político", *Anuario de investigaciones*, Facultad de Psicología – UBA, Volumen XVIII, pp. 243-248.
- FARALDO CABANA, PATRICIA, "Medidas premiales durante la ejecución de condenas por terrorismo y delincuencia organizada: consolidación de un subsistema penitenciario de excepción ", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 756-798.
- FEELEY, MALCOLM, "Malcolm Feeley: Cuatro posiciones - Posición 4: Gobernando a través del delito", *Nova Criminis*, N° 1, octubre, 2010, pp. 31-81.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, BERNARDO, "El derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ,

- Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 799-844.
- FELIPE, FUCITO, *Sociología del Derecho. El orden jurídico y sus condiciones sociales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
  - FERNÁNDEZ, GONZALO, *Bien jurídico y sistema del delito*, Editorial BdF, Buenos Aires, 2004.
  - FERRAJOLI, LUIGI, "Entrevista a Luigi Ferrajoli (Alfonso García Figueroa)", en CARBONELL, MIGUEL; SALAZAR, PEDRO (COORD.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Tomo Colección estructuras y procesos, [trad. PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ Y ANDREA GREPPI], Editorial Trotta, Madrid, 2005, pp. 515-536.
  - FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal*, Colección estructuras y procesos, Editorial Trotta, Madrid, 2004.
  - FERRAJOLI, LUIGI, *Epistemología jurídica y garantismo*, 1º edición, Fontamara, México D.F., 2004.
  - FERRARIS, MAURIZIO, *Manifiesto del nuevo realismo*, [trad. JOSÉ BLANCO JIMÉNEZ], Ariadna, Santiago de Chile.
  - FIANDACA, GIOVANNI; MUSCO, ENZO, *Derecho Penal. Parte General*, [trad. LUIS FERNANDO NIÑO], Editorial Temis, Bogotá, 2006.
  - FLEITAS RUIZ, REINA, "La sociología política en Max Weber", *STVDIVM. Revista de humanidades*, 11, 2005, pp. 227-240.
  - FOUCAULT, MICHEL *Nietzsche, Freud y Marx*, [trad. CARLOS RINCÓN], Ediciones "El cielo por Asalto", Buenos Aires, 1995.
  - FOUCAULT, MICHEL, "¿Qué es la crítica?" *Revista de Filosofía*, N° 11, 1995 [Disponible en <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/15896/1/davila-critica-aufklarung.pdf>], [fecha de visita: 29/05/2011].
  - FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, [trad. ALBERTO GONZÁLEZ TROYANO], Letra e, Buenos Aires, 1992.
  - FOUCAULT, MICHEL, *Genealogía del racismo*, [trad. ALFREDO TZVEIBEL], Caronte Ensayos, Editorial Altamira, Buenos Aires, 1992.
  - FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, [trad. ULISES GUIÑAZÚ], Siglo veintiuno editores, Madrid, 1998.
  - FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, [trad. ENRIQUE LYNCH], Gedisa, México D.F., 1986.
  - FOUCAULT, MICHEL, *La Vida de los hombres infames*, [trad. JULIA VÁRELA Y FERNANDO ÁLVAREZ-URÍA], Caronte Ensayos, Editorial Altamira, La Plata, 1996.
  - FOUCAULT, MICHEL, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, [trad. JOSÉ VÁZQUEZ PÉREZ], Ediciones Pre-textos, Valencia, 1988.
  - FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, [trad. AURELIO GARZÓN DEL CAMINO], Siglo veintiuno editores, Buenos Aires, 2002.
  - FREEDEN, MICHAEL. *Ideologies and Political Theory: A conceptual approach*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
  - FRISCH, WOLFGANG, "Bien jurídico, Derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", en HEFENDEHL, ROLAND (EDITOR); EN ESPAÑA RAFAEL ALCACER, MARÍA MARTÍN E IÑIGO ORTIZ DE URBINA (EDIT.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 309-340.
  - FRISCH, WOLFGANG, "Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 309-340.
  - FROMM, ERICH, *El miedo a la Libertad*, [trad. GINO GERMANI], Paidós, Buenos Aires, 1959.



- GALAFASSI, GUIDO, "Recuperación ancestral mapuche": Divergencias ideológicas y conflictos entre Mapuches y el Estado. El caso del Lof Inkaial WalMapu Meu (Parque Nacional Nahuel Huapí, Río Negro, Argentina), *Cuadernos de antropología social*, 2012, n.35, pp. 71-98, [Disponible online: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1850-275X2012000100005](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1850-275X2012000100005)], [fecha de visita: 08/04/2014].
- GALTUNG, JOHAN, "Cultural Violence", *Journal of Peace Research*, 27, N° 3, 1990, pp. 291-305.
- GALTUNG, JOHAN, *Investigaciones teóricas. Sociedad y Cultura contemporáneas*, Tecnos Madrid, 1995.
- GAMARRA CHOPO, YOLANDA, "La defensa preventiva contra el terrorismo internacional y las armas de destrucción masiva: una crítica razonada", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, N° 77, p. 227-251, p. 244.
- GANSER, DANIELE, "The "Strategy of Tension" in the Cold War Period", *Journal of 9/11 Studies*, Volume 39, May 2014, pp. 1-19, <http://www.journalof911studies.com/resources/2014GanserVol39May.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014.
- GANSER, DANIELE, *El ejército secreto de la OTAN*, [Trad. ANTONIO ANTÓN FERNÁNDEZ], El viejo topo, Barcelona, 2010.
- GANSER, DANIELE, *Los ejércitos secretos de la OTAN. La Operación Gladio y el terrorismo en Europa Occidental*, [trad. ANTONIO ANTÓN FERNÁNDEZ], Barcelona, 2010.
- GARCÍA ALBERO, RAMÓN, "La relación entre ilícito penal e ilícito administrativo: texto y contexto de las teorías sobre la distinción de ilícitos", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 295-400.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO, "El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 887-924.
- GARCÍA CAVERO, PERCY, "¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?" en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 925-948.
- GARCÍA REYES, MIGUEL; RONQUILLO JARILLO, GERARDO, Estados Unidos, petróleo y geopolítica: las estrategias petroleras como un instrumento de reconfiguración geopolítica, Editorial Plaza y Valdés, México D.F., 2005.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2005.
- GARLAND, DAVID, *Castigo y sociedad moderna*, 2ª edición, Siglo XXI, Madrid, 2006.
- GARRIDO MONTT, MARIO, *Derecho Penal*, III, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.
- GÉNY, FRANÇOIS, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado positivo*, Segunda edición, Biblioteca Jurídica de autores españoles y extranjeros, Vol. XC, Editorial Reus, Madrid, 1925, §3, p. 7.
- GERGEN, KENNETH J, *Realidades y relaciones: aproximaciones a la construcción social*, [trad. MELER ORTÍ, FERRAN], Paidós, Barcelona, 1996.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR "Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal", en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 55-106.
- GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR, *El derecho penal de autor: desde la visión criminológica tradicional hasta las actuales propuestas*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2007.

- GÓMEZ ROBLEDO, ANTONIO, "Nicolás Maquiavelo en su quinto centenario", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El Príncipe*, Editorial Porrúa, México D.F., 27 edición, 2010.
- GÓMEZ TOMILLO, MANUEL, "Derecho penal sexual y reforma legal. Análisis desde una perspectiva político criminal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-04, 2005, pp. 1-35.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, DANIEL, "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", *Ciencias Penales*, [trad. ALFREDO CHIRINO], Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 7, Julio, Año 5, Costa Rica, 1993, [Disponible en <http://www.cienciaspenales.org/revista10f.htm>], [fecha de visita: 2/12/2009].
- GONZÁLEZ DOMINGUEZ, ELOISA, "Un paso desde la demanda sectorial a la solidaridad en la acción", *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial "Aún creemos en los sueños", Santiago de Chile, 2012.
- GOUVIN, ERIC J., "Bringing out the big guns: the usa patriot act, money laundering, and the war on terrorism", *Baylor Law Review*, Vol. 55, 2003, pp. 955-990. [Disponible online: <http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1075&context=facschol>], [fecha de visita: 22/10/2014].
- GRACIA MARTIN, LUIS, "¿Qué es modernización del derecho penal?" en DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA; GRACIA MARTÍN, LUIS; HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 1º ed, 2002, pp. 349-394.
- GRACIA MARTIN, LUIS, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2003.
- GRAÍÑO FERRER, GUILLERMO, "De la izquierda clásica a la nueva izquierda: la cuestión de Occidente", *Cuadernos de pensamiento político*, Faes, julio/septiembre, 2009, pp. 205-218.
- GRAÍÑO FERRER, GUILLERMO, "La difícil fundamentación de la izquierda: vida, moral y naturaleza", *Cuadernos de pensamiento político*, Faes, julio/septiembre, 2010, pp. 115-132.
- GRIFFIN, DAVID RAY, *The mysterious collapse of World Trade Center7: why the final official report about 9/11 is unscientific and false*, Northampton, Mass., Olive Branch Press, 2010.
- GRIFFIN, DAVID RAY, *The new Pearl Harbor revisited: 9/11, the cover-up, and the exposé*, Northampton, Mass., Olive Branch Press, 2008.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR, "¿Qué es y qué puede ser el derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto", en CANCIO MELIÁ, MANUEL Y GOMÉZ-JARA DÍEZ, CARLOS (coords.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 2, Buenos Aires-Montevideo, Edisofer, 2006.
- GURVITCH, GEORGES, *Elementos de Sociología Jurídica*, Comares, Granada, 2001.
- GURVITCH, GEORGES, *Las formas de la sociabilidad*, [trad. Francisco Ayala], Editorial Losada, Buenos Aires, 1941.
- GURVITCH, GEORGES, *Los marcos sociales del conocimiento*, [trad. Mario Giacchino], Monte Ávila Editores, 1969.
- GURVITCH, GEORGES, *Sociología del derecho*, [trad. Ángela Romera Vera], Editorial Rosario, Rosario, 1945.
- GUTIÉRREZ DE TERÁN, IÑAKI, "Islamismo, Política y Terrorismo, Desde la constitución de la Umma hasta la emergencia del islam radical", *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Diciembre, N° 18, 2004, pp. 159 - 170.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, Las reglas del "Código Civil" de Chile sobre interpretación de las leyes, LexisNexis, Santiago de Chile, 2007.
- GUZMÁN DÁLBORA, JOSÉ LUÍS, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", en Gómez Urrutia, *Reforma Penal Sustantiva: en*

- el camino hacia un nuevo Código*, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales Nº 6, Santiago de Chile, 2002.
- HARCOURT, BERNARD, "Cesare Beccaria et son traité "Des délits et des peines", en HALPERIN, JEAN-LOUIS; CAYLA, OLIVIER (EDS), *Les grandes œuvres juridiques*, Editions Dalloz, Paris, 2008.
  - HARCOURT, BERNARD, "Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las Virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI)", *Revista Derecho Penal y Criminología*, [trad. JOSÉ ÁNGEL BRANDARIZ GARCÍA Y AGUSTINA IGLESIAS SKULJ], enero-junio Nº 90, Vol. XXXI, 2010, pp. 17-53.
  - HARCOURT, BERNARD, "Neoliberal Penalty: A Brief Genealogy", *Public law and legal theory working paper*, The Law School, The University Of Chicago, Nº 268, Chicago, 2009, [Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1428463>], [fecha de visita: 7/04/2011].
  - HARCOURT, BERNARD, "The Illusions, Free Markets. Punishment of the myth of natural order", organizador Antonio Pelé, Universidad Carlos III de Madrid, 13/3/2011, [Disponible en <http://arcamm.uc3m.es/arcamm/index.php>], [fecha de visita: 23/05/2011].
  - HARRIT, NIELS H.; FARRER, JEFFREY; JONES, STEVEN E.; RYAN, KEVIN R.; LEGGE, FRANK M.; FARNSWORTH, DANIEL; ROBERTS, GREGG; GOURLEY, JAMES R.; LARSEN, BRADLEY R., "Active Thermite Material Discovered in Dust from the 9/11 World Trade Center Catastrophe", *The Open Chemical Physics Journal*, Nº 2, 2009, pp. 7-31.
  - HASSEMER, WINFRIED, "El Derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo", en REYNA ALFARO, LUIS; CUARESMA TERÁN, SERGIO, *Derecho Penal y Estado de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2008, pp. 181-196.
  - HASSEMER, WINFRIED, "Sistema jurídico y codificación: la vinculación del juez a la ley", en KAUFMANN, ARTHUR; HASSEMER, WINFRIED, *El pensamiento jurídico contemporáneo*, [trad. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS], Editorial Debate, Madrid, 1992, Cap. 4º, pp. 199-217.
  - HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, [trad. FRANCISCO MUÑOZ CONDE Y LUIS ARROYO ZAPATERO], Bosch, Barcelona, 1984.
  - HASSEMER, WINFRIED; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Tirant lo Blanche, Valencia, 1995.
  - HELLER, ÁGNES, *Teoría de las necesidades en Marx*, [trad. J.F. Yvars], Ediciones Península, 1978.
  - HIDALGO ROLDÁN, CARMEN, "Maquiavelo: la legalización del azar al servicio de la república florentina", *Revista de Filosofía*, Nº 20, 2000, pp. 35-51.
  - HIRSCH, ANDREW VON, "El concepto de bien jurídico y el «principio del daño»", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 37-52.
  - HOBBS, THOMAS, *Del Ciudadano y Leviatán*, [trad. SARTO, E. TIerno GALVÁN Y M. SÁNCHEZ], Tecnos, Madrid, 1987.
  - HOFFMAN, DAVID, *The Oklahoma City Bombing and the Politics of Terror*, Feral House, Venice, 1998, ISBN: 0922915490 [Disponible online: <http://www.constitution.org/ocbpt/ocbpt.htm>], [Fecha de visita: 16/10/2014].
  - HOLMES, OLIVER WENDELL, *La senda del derecho* [Eduardo Ángel Russo], Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975.
  - HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN "Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, el hecho y la necesaria reforma del sistema penal español", en V.V.A.A., *Hacia un derecho penal económico europeo / Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, [Universidad Autónoma de Madrid, 14-17 de octubre de 1992], Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 187-208.

- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, "Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Julio, Vol. XIV, Valdivia, 2003, pp. 125-134.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, "Política penal en el Estado democrático", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 37, Fasc/Mes 2, 1984, pp. 333-346.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN. "Bien Jurídico: un debate continuo", ARAQUE, DIEGO, *Estudios de derecho penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012, pp. 423-432.
- HORMAZÁBAL, HERNÁN, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho*, 2º edición, LexisNexis, 2006.
- HORTAL IBARRA, JUAN CARLOS, "El delito de conducción temeraria", MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (dir.), *Seguridad Vial y derecho penal*, Tirant lo Blanche, Valencia, 2008.
- HUENCHUNAO MARIÑÁN, JOSÉ, "Resistencia y reconstrucción del pueblo-nación mapuche", *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial AÚN creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2012.
- HUERGA MELCÓN, PABLO, "Apuntes para una reconstrucción materialista del concepto de izquierda política. (Materiales para el Debate en el seno de Izquierda Unida, Agrupación de Oviedo)", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 1, Nº13, 2006, pp. 365-378.
- HUERTA MIRANDA, MARCELO; LIBANO MANZUR, CLAUDIO, *Delitos informáticos*, 2º edición, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile.
- HUME, DAVID, *Investigación sobre el conocimiento humano*, [trad. JAIME DE SALAS ORTUETA], El libro de bolsillo, 5ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid, 2007.
- HUME, DAVID, *Tratado de la naturaleza humana*, [trad. FÉLIX DUQUE], Colección Clásicos del pensamiento, 2º edición, Tecnos, Madrid, 1992.
- HUNEEUS, CARLOS, *La guerra fría chilena. Gabriel González Videla y la Ley Maldita*, Debate, Santiago de Chile, 2009.
- Informe 63-2013 cap. Operación Bandera Falsa, Foro para la Paz en el Mediterráneo, Universidad de Málaga, <http://www.uma.es/foroparalapazenelmediterraneo/wp-content/uploads/2012/11/INFORME-63-2013cap.pdf>, fecha de visita: 22/09/2014.
- INGA, PILAR, "El diálogo en el conflicto estudiantil chileno", Número 10, Octubre-Noviembre, 2011, *Revista Andina de Estudios Políticos*, pp. 1-16. [Disponible online: <http://revistas.ojs.es/index.php/revistaestudiosandinos/article/viewArticle/468>], [fecha de visita: 18/05/2014].
- JAÉN VALLEJO, MANUEL, *Derecho penal aplicado*, Editorial Colex, 2003, Madrid.
- JAKOBS, GÜNTHER, "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", en (COORD.), CANCIO MELIÁ; GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Edisofer, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pp. 93-116.
- JAKOBS, GÜNTHER, "¿Terroristas como personas en derecho?" en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2º ed, 2006, pp. 57-83.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en JAKOBS, GÜNTHER; CANCIO MELIÁ, MANUEL, *Derecho penal del enemigo*, Thomson Civitas, Navarra, 2º ed, 2006, pp. 21-56.
- JAKOBS, GÜNTHER, "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente (Comentario)", en ESER, ALBIN; HASSEMER, WINFRIED; BURKHARDT, BJÖRN *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, [trad. TERESA MANSO PORTO], Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 53-64.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal, Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, [trad. JOAQUÍN CUELLO CONTERERAS Y JOSÉ LUIS GONZÁLES DE MURILLO], 2º edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1997.



- JAKOBS, GÜNTHER, *El Derecho penal como disciplina científica*, [trad. ALEX VAN WEEZEL], Thomson Civitas, Navarra, 2008.
- JAKOBS, GÜNTHER, *Estudios de derecho penal*, [trad. ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J; SUÁREZ GONZÁLEZ, MANUEL CANCIO MELIÁ,], UAM Ediciones, Editorial Civitas, Madrid, 1997.
- JAKOBS, GÜNTHER, *La pena estatal: significado y finalidad*, [trad. MANUEL CANCIO MELIÁ Y BERNARDO FEIJÓO SÁNCHEZ], Thomson Civitas, 1º edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006.
- JAREÑO LEAL, ÁNGELES; DOVAL PAÍS, ANTONIO, "Revelación de datos personales, intimidad e informática (Comentario a la STS 234/1999, de 18 de febrero, sobre el delito del art. 197.2 CP)", QUINTERO OLIVARES, GONZALO; MORALES PRATS, FERMIN, *El nuevo derecho español: estudios penales en memoria del Dr. José Manuel Valle Muñi*, Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 1475-1496
- JIJENA LEIVA, RENATO, "Seguridad, responsabilidad y delitos informáticos", *Gaceta Jurídica*, N° 321, Marzo, 2007, pp. 16-29.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Principios de Derecho penal. La Ley y el delito*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1948.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, *Tratado de derecho penal*, Tomo II, 2º edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1950.
- KAHLO, MICHAEL, "Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 53-68.
- KANTOROWICZ, HERMANN, "La lucha por la Ciencia del Derecho", SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN; KANTAROWICZ, *La Ciencia del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 325-372.
- KANTOROWICZ, HERMANN, *La definición del derecho*, [J.M. de la Vega], Revista de Occidente, Madrid, 1964.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho* (1986), [trad. Roberto j. Vernengo], Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2º edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1986.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho* (1993), [trad. ROBERTO J. VERNENGO], 7º edición, Editorial Porrúa, México D.F., 1993.
- KINDHÄUSER, URS, "Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal", *Derecho y Humanidades*, N° 16, Vol. 1, 2010.
- KIRCHMANN, J.H. VON, *La jurisprudencia no es ciencia*, [trad. Antonio Truyol Serra], Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- KLEIN, NAOMI, *La doctrina del Shock. El auge del capitalismo del desastre*, Paidós, Buenos Aires, 2007.
- KOSELLECK, REINHART, *Aceleración, prognosis y secularización*, [trad. FAUSTINO ONCINA COVES], 1º edición, Pre-textos, Valencia, 2003.
- KREIT, ALEX, "Vicarious Criminal Liability and the Constitutional Dimensions of Pinkerton", *American University Law Review*, Vol. 57 N°3, february 2008, pp. 585-639, [Disponible online: <http://americanuniversitylawreview.com/pdfs/57/57-3/kreit.pdf>], [fecha de visita: 17/10/2014].
- KRIEGLER; HERMANN; OSENBRÜGGEN, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, [trad. D. Ildfonso L. García del Corral], Primera Parte "Digesto", Tomo III, 1897.
- KRIEGLER; HERMANN; OSENBRÜGGEN, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, [trad. D. Ildfonso L. García del Corral], Primera parte "Instituta, Digesto", N° 24, Título V, Jaime Molinas Editor, Barcelona, 1889.
- KÜNSEMULLER, CARLOS, "Breve análisis de algunas cuestiones problemáticas que plantea el tipo de violación en el Código Penal chileno", *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXIX, N° 2, mayo-agosto, 1992, pp. 49-61.

- KÜNSEMÜLLER, CARLOS, "Nuevas tendencias en el tipo penal de violación", *La Semana Jurídica*, semana del 17 al 23 de diciembre, (58), [versión electrónica: <http://www.lexisnexis.cl/lasemanajuridica/717/article-3767.html>], 2001, N° 7.
- LAKATOS, IMRE, *Historia de la ciencia*, [trad. DIEGO RIBES NICOLÁS], Tecnos, Madrid, 1987.
- LAKATOS, IMRE, *La metodología de los programas de investigación científica*, [trad. JUAN CARLOS ZAPATERO], Alianza Universidad, Madrid, 1989.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, [M. Rodríguez Molinero], Editorial Ariel, 2001.
- LARRAÍN, JORGE, *El concepto de ideología, Volumen 2: El Marxismo posterior a Marx*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2008.
- LARRAÍN, JORGE, *El concepto de ideología, Volumen 4: Postestructuralismo. Postmodernismo. Postmarxismo*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, "Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal", *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica, mayo-agosto, N° 2, Vol. 22, 1995, pp. 251-264.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, JUAN ANTONIO, "Bien jurídico y objeto protegible", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Fasc/Mes 1, N° 60, 2007, pp. 119-163.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, "Recensión", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2ª edición)*, Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 207-228.
- LECHNER, NORBERT, *Obras, Tomo I: Estado y derecho*, Fondo de cultura económica, México D.F., 2012.
- LLANO, JAIRO VLADIMIR, "Teoría del derecho y pluralismo jurídico", *Criterio jurídico*, V. 12, N° 1, Santiago de Cali, 2012, pp. 191-214.
- LÓPEZ MEDEL, MACARENA, "Ley 19.223 y su aplicación en los tribunales", DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002, pp. 397-414.
- LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL, "Causas de atipicidad y causas de justificación", LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL; MIR PUIG, SANTIAGO, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho Penal*, Aranzadi, 1995, pp. 21-43.
- LUZÓN-PEÑA, DIEGO MANUEL, *Curso de Derecho penal*, Editorial Universitas, Madrid, 2004.
- MAGALDI PATERNOSTRO, Mª JOSÉ, "El tipo del art. 380 del Código Penal: una propuesta interpretativa", VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE, *Derecho penal y seguridad vial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 191-228.
- MAGALONI, ANA LAURA, "El juez norteamericano ante la ley. Las técnicas de interpretación del statute law", *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, Abril, N° 6, 1997.
- MAGASICH, JORGE, "El 'plan Z': la madre de todas las mentiras". *Le Monde diplomatique*. Año X (103), Diciembre, Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2009, pp. 14-15.
- MAGLIONA MARKOVICHTH, CLAUDIO PAUL, "Análisis de la normativa sobre delincuencia informática en Chile", DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO (coord.), *Derechos y tecnologías de la información*, Universidad Diego Portales-Fundación Fernando Fueyo, 2002.
- MÁIZ SUÁREZ, RAMÓN, "Nicolás Maquiavelo: La Política en las Ciudades del Silencio", *Revista de estudios políticos*, N° 52, 1986, pp. 47-90.
- MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Dictamen sobre la reforma de la Constitución de Florencia hecho a instancia del Papa León X", *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- MAQUIAVELO, NICOLÁS, "Discursos sobre la primera década de Tito Livio", *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971.
- MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El arte de la guerra*, Ediciones Leyenda, México D.F., 2009.

- MAQUIAVELO, NICOLÁS, *El príncipe*, [trad. FERNANDO DOMÈNESCH REY], Ediciones Istmo, Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ, JUAN LUIS (~~JUAN DE DIOS MARTÍNEZ~~), *La Nueva Novela*, Ediciones Universitaria de Valparaíso, Valparaíso, 1971.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)", en DÍEZ RIPOLLÉS, JOSÉ LUIS; ROMEO CASABONA, CARLOS MARÍA; GRACIA MARTÍN, LUIS; HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE, *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 1º ed, 2002, pp. 395-431.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "La inflación del derecho penal y del derecho administrativo", *Estudios penales y criminológicos*, Nº 6, 1981-1982, pp. 197-214.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, "Las reformas penales de la LO 15/2003 en el ámbito patrimonial y socioeconómico", en PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO (COORD.), *Universitas Vitae* (Homenaje a Ruperto Núñez Barbero), Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 451-490.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS, *Derecho Penal económico y de la empresa*, Parte Especial, 2º edición, Tirant lo Blanche, Valencia, 2005.
- MARTOS NUÑEZ, JUAN ANTONIO, *Derecho Penal Económico*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1987.
- MARX, CARLOS, *El Capital*, [trad. CRISTIAN FAZIO], Tomo I, Libro I, 1º edición, LOM, Santiago de Chile, 2010.
- MARX, CARLOS, *El Capital*, Tomo I, [Trad. CRISTIAN FAZIO], LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010.
- MARX, CARLOS, *El Capital*, Tomo II, [trad. WENCESLAO ROCES] reimpresión 2010 edición 1959, Fondo de cultura económica, México D.F., 2010.
- MARX, CARLOS, *Manuscritos Económico-Políticos*, Centro Gráfico, Santiago de Chile, 2005.
- MARX, KARL, "Trabajo asalariado y capital", *Obras escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1980, pp. 61-92.
- MARX, KARL, *El Capital*, Tomo I, Libro I, [trad. Cristian Fazio], LOM, Santiago de Chile, 2010.
- MARX, KARL, *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política*, vol. 1, [trad. Pedro Scaron], Siglo Veintiuno editores, 20 edición, 2007.
- MARX, KARL/ ENGELS, FRIEDRICH, *Obras escogidas*, Editorial Progreso, Moscú, 1980.
- MARX, KARL; ENGELS, FRIEDRICH, *Manifiesto Comunista*, [trad. S/T], Centro Gráfico, Santiago de Chile, 2005.
- MATURANA, HUMBERTO, *El sentido de lo humano*, 9ª edición, Comunicaciones Noreste, Santiago de Chile, 2007.
- MATURANA, HUMBERTO, *Emociones y lenguaje en educación y política*, 9ª edición, Comunicaciones Noreste, Santiago de Chile, 2007.
- MATURANA, HUMBERTO, *La objetividad. Un argumento para olvidar*, 2º edición, Comunicaciones Noreste, Santiago de Chile, 2007.
- MATURANA, HUMBERTO, *Transformación en la convivencia*, LOM., Santiago de Chile, 2007.
- MATURANA, HUMBERTO; MPODOZIS, JORGE, "Percepción: configuración conductual del objeto", MATURANA, HUMBERTO, *Desde la biología a la psicología*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2006, pp. 60-68.
- MATURANA. HUMBERTO; VARELA, FRANCISCO, *El árbol del conocimiento*, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 1986.
- MATUS ACUÑA, ALEJANDRA, *El Libro negro de la justicia*, Editorial Planeta, Santiago de Chile, 2000.
- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, "La doctrina penal de la (fallida) recodificación chilena del Siglo XX y principios del XXI", *Política Criminal*, Vol. 5, Nº 9, Julio, 2010,

[Disponible en [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_05/n\\_09/Vol5N9A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A4.pdf)], [fecha de visita: 27/05/2011].

- MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE, "El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente", *Revista de Derecho*, Universidad de Valdivia, Vol. XX - N° 1 - Julio 2007, pp. 175-203.
- MATUS, JEAN PIERRE, "Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales", *Revista Universum*, N° 11, 1996, p. 130 [Disponible online: <http://universum.utalca.cl/contenido/index-96/matus.pdf> ], [fecha visita: 27/12/2013]
- MATUS, JEAN PIERRE, *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Colecciones de Ciencias Penales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- MEDINA JARA, RODRIGO, "Comentario a sentencia de Corte de Apelaciones de Stgo., 16 de julio 1999. Posible inconstitucionalidad del inciso 1º del art. 450 del Código Penal", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 28, N° 3, 2001, pp. 631-638.
- MEDINA, EDEN, "Big Blue in the Bottomless Pit: The Early Years of IBM Chile", *IEEE Annals of the History of Computing*, IEEE Computer Society, 2008, pp. 26-41.
- MEDINA, EDEN, "Computer Memory, Collective Memory: Recovering History through Chilean Computing", *IEEE Annals of the History of Computing*, IEEE Computer Society, 2005, pp. 103-104.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, CRISTINA, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Monografía, 1º edición, Servicio de Publicaciones "Facultad de derecho - Universidad de Complutense" y Centro de Estudios Judiciales-Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- MÉNDEZ-SILVA, RICARDO, "Paz y guerra preventiva", *Revista Pléyade*, N°1, Primer Semestre, 2008, pp. 148-181.
- MENDOZA BUERGO, BLANCA, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Cívitas, 2001.
- MENDER, ANTON, *El derecho al producto íntegro del trabajo en su desarrollo histórico*, [trad. Adolfo Posada], Editorial Americalee, Buenos Aires, 1944.
- MERA FIGUEROA, JORGE, "¿Tuvo Chile una política criminal durante el siglo XX?", *Revista Derecho Mayor*, Universidad Mayor, Año II, N° 2, Noviembre, 2003, pp. 139-162.
- MEYSSAN, THIERRY *La terrible impostura: 11 de septiembre de 2001: ningún avión se estrelló en el Pentágono*, [trad. ARIADNA MARTÍN SIRAROLS], El Ateneo, Buenos Aires.
- MEYSSAN, THIERRY, "Los lazos financieros ocultos entre las familias Bush y Ben Laden", 2001, *Voltairenet.org*, <http://www.voltairenet.org/article120008.html>, fecha de visita: 24/09/2014.
- MEYSSAN, THIERRY, "Stay behind: como controlar las democracias. Las redes estadounidenses de desestabilización y de injerencia", *Red Voltaire*, <http://www.voltairenet.org/article120005.html>, fecha de visita: 14/10/2014.
- MILITELLO, VINCENZO, "Recensión. Modernas tendencias de política criminal y transformación del sistema penal", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2º edición)*, Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 232-252.
- MIR PUIG, SANTIAGO, "Constitución, derecho penal y globalización", en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTIN, VICTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 15-54.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Derecho Penal, Parte general*, 7º edición, Editorial Reppertor, 2005.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las bases del derecho penal, Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976.



- MONEREO, JOSÉ LUIS, "Estudio Preliminar", GURVITCH, GEORGES, Elementos de Sociología Jurídica, Comares, Granada, 2001, pp. XIII-CXLVI.
- MONTESQUIEU, *Cartas Persas*, [trad. J. MARCHENA], Ediciones Orbis, Barcelona, 1985.
- MONTESQUIEU, *De L' esprit des lois*, Tomo I, Classiues Garnier, París, 1949.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, [trad. MERCEDEZ BLÁZQUEZ Y PEDRO DE VEGA], Editorial Tecnos, Madrid, 1993.
- MORÓN LERMA, ESTHER, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*, Aranzadi Editorial, N ° 1, Pamplona, 1999.
- MOULIAN, TOMÁS, "Limitaciones de la transición a la democracia en Chile", *Proposiciones*, N°25, Santiago, 1995.
- MOULIAN, TOMÁS, *Chile actual: anatomía de un mito*, LOM, Santiago de Chile, 2002.
- MOULIAN, TOMÁS, *Fracturas. De Pedro Aguirre Cerda a Salvador Allende (1938-1973)*, LOM, Santiago de Chile, 2006.
- MOUNIER, EMANUEL, *De la propiedad capitalista a la propiedad humana*, [trad. RAMÓN ALCALDE], Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1984.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"", en PÉREZ ÁLVAREZ, FERNANDO (COORD.), *Universitas Vitae: Homenaje a Ruperto Nuñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, "La herencia de Franz Von Liszt", *Revista de Derecho penal y procesal penal*, Fasc. 1, Buenos Aires, 2011, pp. 22-36.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *De nuevo sobre el "derecho penal del enemigo"*, 1º edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; ARÁN GARCÍA, MERCEDES, *Derecho penal, Parte General*, 8º edición, Tirant lo Blanche, Valencia, 2010.
- MUÑOZ ROMÁN, RICARDO, "Discurso informativo y luchas por el reconocimiento el "conflicto mapuche" en El Mercurio y la Segunda (Chile, 2008-2009)", *Perspectivas de la comunicación*, Universidad de la Frontera, vol. 3, N ° 2, 2010, pp. 29-47.
- MUSSIC, BERND, "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema", [trad. MANUEL CANCIO MELIÁ; ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- NEGRI, ANTONIO, *Movimientos en el imperio. Pasajes y paisajes*, [trad. REDILLA], Paidós, Barcelona, 2006.
- NEGRI, ANTONIO; HARDT, MICHAEL, *El trabajo de Dionisos*, [trad. Sánchez Cedillo], Akal, Madrid, 2003.
- NEGRI, ANTONIO; HARDT, MICHAEL, *Imperio*, [trad. ALCIRA BIXIO], Editorial Paidós, Barcelona, 2005.
- NERUDA, PABLO, *Para nacer he nacido*, Seix-Barral, Barcelona, 1978.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *El anticristo* [trad. ENRIQUE EIDELSTEIN], Ediciones Brontes, Barcelona (España), 2011.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Genealogía de la moral*, [trad. ANIBAL FROUFE], Gradifco SRL, Buenos Aires, 2003.
- NIETZSCHE, FRIEDRICH, *Más allá del bien y del mal*, [trad. ANDRÉS SANCHEZ PASCUAL], Biblioteca de autor, 1º edición, Alianza Editorial, Madrid, 2001.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, "La renovación del Derecho", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, N ° 144, Año XXXVI, Abril-Junio, 1986, pp. 2-28.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Cuestiones del Derecho Penal y Criminología*, Editorial Conosur, Santiago de Chile, 1987.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Curso de Derecho Penal chileno*, Parte General, Tomo I, 3ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Primera edición, Siglo XXI, Madrid, 1975.

- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Ediar, Buenos Aires, 1985.
- O'BRYANT, THOMAS C., "The great unobtainable writ: indigent pro se litigation after the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996", *Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review*, 41, N°2, 2006, pp. 299-337. [Disponible online: [http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41\\_2/obryant.pdf](http://www.law.harvard.edu/students/orgs/crcl/vol41_2/obryant.pdf)], [fecha de visita: 18/10/2014].
- OLIVECRONA, KARL, *El derecho como hecho*, [trad. LUIS LÓPEZ GUERRA], 1º edición, Labor Universitaria, Barcelona, 1980.
- OLIVER CALDERÓN, GUILLERMO, *Delitos contra la propiedad*, LegalPublishing, Santiago de Chile, 2013.
- OLMO, ROSA DEL, "Criminología y Derecho Penal. Aspectos Gnoseológicos de una Relación Necesaria en América Latina", *Revista Doctrina Penal*, Año 10, N° 37, enero-marzo, 1987, pp. 23-43.
- ORITZ QUIROGA, LUIS; ARÉVALO CUNICH, JAVIER, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2013.
- ORLANDO, PABLO, "El derecho penal islámico y su concepción de la pena", *Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 16, Vol. 1, Santiago de Chile, 2010, pp. 209-221.
- ORREGO, CRISTOBAL, "Vis directiva, vis coactiva. Principios, razones, argumentos y la fuerza coactiva del derecho", *Revista de Ciencias Sociales*, Especial 'Sobre el razonamiento jurídico', Facultad de derecho y ciencias sociales de la Universidad de Valparaíso de Chile, Primer y segundo semestre, N° 45, Valparaíso, 2000, pp. 327-340.
- ORYE III, BENJAMIN R., "The Failure of Words: Habeas Corpus Reform, the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act, and When a Judgment of Conviction Becomes Final for the Purposes of 28 U.S.C. 2255(1)", *Williams & Mary Law Review*, Volume 44, Issue 1, Article 8, 2002, pp. 441-485. [Disponible online: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1397&context=wmlr>], [fecha de visita: 18/10/2014].
- OSSANDÓN WIDOW, MARÍA MAGDALENA, "Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXII, N°1, Julio 2009, pp. 159-183, [Disponible online: <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art08.pdf>], [fecha de visita: 11/11/2014].
- OTAÍZA MORALES, MAURICIO, "Crítica a la fenomenología del conocimiento de Humberto Maturana", *Revista Philosophica*, Vol. 32, Semestre II, Valparaíso, 2007, pp. 49-62. [Disponible on line: <http://www.philosophica.ucv.cl/Phil%2032%20-%20art%2004.pdf>], [fecha de vista: 23/10/2014].
- PALERMO, OMAR, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier-Libros Jurídicos, Barcelona, 2006.
- PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ M, "Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis, Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia", *Política criminal*, N° 2, R7, 2006, pp. 1-27.
- PAREDES, DIEGO, "De la estetización de la política a la política de la estética", *Revista de Estudios Sociales*, N° 34, Tema: Estética y Política, Diciembre, 2009, pp. 91-98, <http://res.uniandes.edu.co/view.php/618/view.php>, fecha de visita: 9/9/2014.
- PASTOR, DANIEL, "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", [http://www.informereservado.net/descargas/La\\_deriva\\_neopunitivista\\_de\\_organismos.pdf](http://www.informereservado.net/descargas/La_deriva_neopunitivista_de_organismos.pdf), fecha de visita: 8/4/2010.
- PAULEY, MATTHEW A., "The Pinkerton Doctrine and Murder", *UNH Law Review*, University of New Hampshire, School of Law, Issue: Volume 4, Number 1, December 2005, pp. 1-43, [Disponible online: <http://law.unh.edu/assets/images/uploads/publications/pierce-law-review-vol04-no1-pauley.pdf>], fecha de visita: 17/10/2014.

- PENNA, GONZALO "El sinsentido germinal de nuestra política criminal", *Derecho Penal Online*, Instituto Interdisciplinario para el Desarrollo de Estudios Sociales, 2003, [Disponible en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,470,0,0,1,0>], [fecha de visita: 8/4/2010].
- PINTO RODRÍGUEZ, JORGE, "El conflicto Estado-Pueblo Mapuche, 1900-1960", *Universum*, N° 27, Vol. 1, Universidad de Talca, 2012.
- PINTO, JULIO, *Historia Contemporánea de Chile III. La economía: Mercados, empresarios y trabajadores*, LOM, Santiago de Chile, 2002.
- PIÑERES SUS, JUAN DAVID, "De la antropología a la política en el Leviatán de Hobbes", *Boletín de Antropología*, Universidad de Antioquia, N° 41, Vol. 24, Medellín, 2010, pp. 338-352.
- POLITOFF, SERGIO, *Derecho penal*, Tomo I, Editorial ConoSur, Santiago de Chile, 1997.
- POLITOFF, SERGIO; GRISOLÍA, FRANCISCO; BUSTOS, JUAN, *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
- POLITOFF, SERGIO; MATUS, JEAN PIERRE; RAMÍREZ, M<sup>a</sup> CECILIA, *Lecciones de Derecho penal chileno*, Parte Especial, 2<sup>a</sup> edición, Editorial Universitaria, Santiago de Chile, 2005.
- POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, [trad. VÍCTOR SÁNCHEZ DE ZAVALA], Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
- POPPER, KARL, *La sociedad abierta y sus enemigos*, [trad. Norberto Rodríguez Bustamante], Paidós, Barcelona, 2006, pp. 37-38.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, "La configuración del "Homo sacer" como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", *Serta: in memoriam Alexandri Baratta*, Fernando Pérez Álvarez (coord.), 2004, pp. 1401-1424.
- POUND, ROSCOE, *Introducción a la filosofía del derecho*, [trad. Fernando Barrancos y Vedia], Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954.
- PRÍAS BERNAL, JUAN CARLOS, "Aproximación al estudio de los delitos informáticos", *Derecho penal contemporáneo*, N° 17, Octubre-diciembre, 2006, Legis, Bogotá, pp. 5-78.
- PRIETO, LAURA CRISTINA "La huella del miedo en la filosofía del derecho. Itinerarios de Hobbes y Kelsen", *Revista Crítica Jurídica*, Enero-junio, N° 27, 2009, pp. 119-125.
- PRITTWITZ, CORNELIUS, "Sociedad del riesgo y derecho penal", en FIGUEIREDO DIAS (DIR.), JORGE DE; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO; POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *El penalista liberal*, José Luis dePalma - Hammurabi, Buenos Aires, 2004, Cap. 9, pp. 147-179.
- PULITANÒ, DOMENICO, *Diritto Penale*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2005.
- QUERALT JIMÉNEZ, JOAN J., "La corrupción en los negocios: algunas cuestiones penales", en MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU (DIR.); GÓMEZ MARTIN, VICTOR (COORD.), *Política criminal y reforma penal*, Edisofer, BdeF, Madrid, Montevideo, Buenos Aires, 2007, pp. 401-440.
- RAAB, CHRISTOPHER P., "Fighting terrorism in an electronic age: does the patriot act unduly compromise our civil liberties?", *Duke Law & Technology Review*, N°4, January 2006, pp. 1-21. [Disponible online: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1149&context=dltr>], [fecha de visita: 20/10/2014].
- RANCIÈRE, JACQUES, *El desacuerdo*, [trad. S/T], Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 1996.
- RANCIÈRE, JACQUES, *El espectador emancipado*, Ellago ediciones, Castellón, 2010.
- RANCIÈRE, JACQUES, *El reparto de lo sensible. Estética y política*, LOM, Santiago de Chile, 2009.
- RANCIÈRE, JACQUES, *En los bordes de lo político*, [trad. ALEJANDRO MADRID], La Cebra, Buenos Aires, 2011.

- RANCIÈRE, JACQUES, *Momentos políticos*, [trad. Gabriela Villalba], Capital Intelectual, Buenos Aires, 2010.
- RANCIÈRE, JACQUES, *Política, policía y democracia*, [trad. MARÍA EMILIA TIJOUX], LOM, Santiago de Chile, 2006.
- RANCIÈRE, JACQUES, *Sobre políticas estéticas*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2005.
- RAVEST SANTIS, GUILLERMO, *Pretérito imperfecto: memorias de un reportero en tiempos chilenos de la Guerra Fría*, LOM, Santiago de Chile, 2009.
- REYNA ALFARO, LUIS, "Pornografía e internet: aspectos penales" (en línea), en ALFA-REDI, *Revista de Derecho Informático*, [www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml2x=1449](http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml2x=1449), fecha de visita: 10/2/2014.
- RICOEUR, PAUL, *Freud: una interpretación de la cultura*, [trad. ARMANDO SUÁREZ], Siglo XXI Editores, México D.F., 1970.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, "Comentario preliminar al Código Penal", en POLITOFF LIFSCHITZ, SERGIO; ORTIZ QUIROGA, LUIS (DIR.), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002, pp. 17-21.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL DE, "Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal", en GÓMEZ URRUTIA, JOSÉ ANTONIO ET AL, *Reforma Penal Sustantiva, En el camino hacia un nuevo código penal*, Instituto de Estudios Judiciales, Cuadernos Judiciales, N° 6, Santiago de Chile, 2002, pp. 12-26.
- RIVACOBIA Y RIVACOBIA, MANUEL, *Violencia y justicia*, Editorial Universidad de Valparaíso, Valparaíso, 2002.
- ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociológico del derecho en Eugen Ehrlich*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ COLLAO, LUIS, *Delitos sexuales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA; SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Derecho Penal Español, Parte General*, 17ª edición, Dykinson, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MESA, Mª JOSÉ, "Las razones del derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 09-10, 2007, pp. 1-20.
- RODRÍGUEZ ZOYA, LEONARDO G., "Hacia una epistemología política: la tensión entre ciencia y política en la filosofía de la ciencia del positivismo lógico", *A Parte Rei*, N°69, Mayo 2010, pp. 1-17. [Disponible online: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/zoya69.pdf>], [fecha de visita: 24/10/2014].
- RODRÍGUEZ, JORGE, "La imagen actual de las lagunas en el derecho", *Lagunas en el derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, Barcelona, 2005, pp. 127-158.
- ROSALES, ELSIE, "Globalización del control penal y terrorismo", *Politeia*, 2009, vol. 32, N° 42, pp. 57-78. [Disponible online: [http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0303-97572009000100003&lng=es&nrm=iso](http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-97572009000100003&lng=es&nrm=iso)], [fecha acceso: 29/07/2013].
- ROSS, ALF, *Sobre el derecho y la justicia*, [trad. Genaro R. Carrió], Editorial Universitaria de Buenos Aires, 3ª edición, 1974.
- ROSS, COLIN A., *Military mind control: a story of trauma and recovery*, Manitou Communications, Richardson, TX, 2009.
- ROSS, COLIN A., *The CIA Doctors: Human Rights Violations by American Psychiatrists*, Manitou Communications, Richardson, TX, 2006.
- ROSS, COLIN A., *Bluebird: Deliberate Creation of Multiple Personality by Psychiatrists*, Manitou Communications, Richardson, TX, 2000.
- ROUSSEAU, ANDRÉ, "Were Explosives the Source of the Seismic Signals Emitted from New York on September 11, 2001?", *Journal of 9/11 Studies*, Volume 34, November 2012, pp. 1-23,

<http://www.journalof911studies.com/resources/RousseauVol34November2012.pdf>,  
 fecha de visita: 22/09/2014. LEGGE, FRANK, "9/11 – Evidence Suggests Complicity: Inferences from Actions", *Journal of 9/11 Studies*, Volume 1, June 2006, pp. 1-27.  
[http://www.journalof911studies.com/articles/Journal\\_3\\_Complicity\\_inferences21.pdf](http://www.journalof911studies.com/articles/Journal_3_Complicity_inferences21.pdf),  
 fecha de visita: 23/09/2014.

- ROXIN, CLAUS, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 443-458.
- ROXIN, CLAUS, "El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N ° 15-01, pp. 1-27, <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>, fecha de visita: 21/12/2013.
- ROXIN, CLAUS, *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*, [trad. v.v.a.a.], Hammurabi, Buenos Aires, 2008.
- ROXIN, CLAUS, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, [trad. CARMEN GÓMEZ RIVERO Y MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO], Tirant lo Blanche, Valencia, 2000.
- ROXIN, CLAUS, *Strafrecht*, Allgemeiner, Teil, Band I, Grundlagen, der Aufbau der Verbrechenslehre, Verlag C.H.Beck, Munchen, 2006, p. 34.
- RUIZ-TAGLE, PABLO, "Responsabilidad de los manifestantes. ¿Protección de personas y bienes, o coerción de la libertad?", *Revista del Abogado*. Una publicación del Colegio de Abogados de Chile, N ° 53, Noviembre, 2011, pp. 6-7.
- SABINE, GEORGE, "Las ideas políticas de Maquiavelo", en MAQUIAVELO, NICOLÁS, *Obras Políticas*, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, La Habana, 1971, pp. 35-53.
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "El nuevo código: maximalismo penal", *Jueces para la democracia*, N° 26, 1996, pp. 3-7.
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "La Europa amurallada y los derechos de los inmigrantes", *Jueces para la democracia*, N° 16-17, 1992, pp. 20-24
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "La reforma de la Ley de Asilo: una norma bajo sospecha", *Jueces para la democracia*, N° 21, 1994, pp. 15-18.
- SÁEZ VALCÁRCEL, RAMÓN, "Política legislativa antidrogas: la ilusión represiva", *Jueces para la democracia*, N° 7, 1989, pp. 15-20.
- SÁINZ, LUIS IGNACIO, "El imperativo de una epistemología política", *Tiempo Laberinto*, Abril 2002, pp. 1-9. [Disponible online: <http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2002/sainz.pdf>], [fecha de visita: 24/10/2014].
- SALAZAR, GABRIEL, *En el nombre del poder constituyente* (Chile siglo XXI), LOM, Santiago de Chile, 2011.
- SALAZAR, GABRIEL, *Movimientos sociales en Chile*, Segunda edición, Uqbar Editores, Santiago de Chile, 2012.
- SALAZAR, GABRIEL; PINTO, JULIO, *Historia contemporánea de Chile. Estado, legitimidad, ciudadanía*, Tomo I, LOM, Santiago de Chile
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, "La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea", en (COORDS.), GONZALO QUINTERO OLIVARES; FERMÍN MORALES PRATS, *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2001, pp. 685-722.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, *El moderno derecho penal y la anticipación de tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio científico Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.
- SÁNCHEZ MELGAR, JULIÁN, *Código Penal. Comentarios y Jurisprudencia*, Tomo II, Segunda Edición, Sepín Editorial Jurídica, Madrid, 2006.
- SANTANA VEGA, DULCE MARÍA, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2000.



- SANZ MORAN, ÁNGEL JOSÉ, "Recensión", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales* (2º edición), Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 189-195.
- SARTORI, GIOVANNI, *¿Qué es la democracia?*, [trad. MIGUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ], Tribunal Federal Electoral, México D.F., 1993.
- SAVIGNY, F. C., *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, SAVIGNY; KIRCHMANN; ZITELMANN; KANTAROWICZ, La Ciencia del Derecho, Editorial Losada, Buenos Aires, 1949, pp. 29-248.
- SCHENONI, LUIS LEANDRO "El concepto de lo político en Nicolás Maquiavelo", Andamios, *Revista de Investigación Social*, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, Diciembre, N° 7, 2007, pp. 207-226.
- SCHMITT, CARL, *DerBegriff des Politischen*, Verlag von Duncker&Humblot, Munchen und Leipzig, 1932.
- SCHULENBURG, JOHANNA, "Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 349-362, p. 353.
- SCHÜNEMANN, BERND, "El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 197-226.
- SEGURA GARCÍA, MARÍA JOSÉ, "El consentimiento del sujeto pasivo en los delitos", LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL (coord.), *Dogmática y ley penal. Homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Barcelona, 2004.
- SERRANO MAÍLLO, ALFONSO, "La punitividad bajo una nueva perspectiva: simbolismo, campo burocrático y mecanismos", Res, N ° 15, 2011, pp. 107-113, <http://www.fes-web.org/uploads/files/res/res15/07.pdf>, fecha acceso: 29/07/20.
- SERRANO TÁRRAGA, MARÍA DOLORES, "La expansión del derecho penal en el ámbito de la delincuencia económica: la tutela penal de los mercados financieros", *Revista de Derecho (Valdivia)*, jul. 2005, vol.18, No.1, pp. 213-237, [Disponible [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502005000100009&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000100009&lng=es&nrm=iso)], [fecha de visita: 04/09/2014].
- SHAY, GIOVANNA; LASCH, CHRISTOPHER, "Initiating a new constitutional dialogue: The increased importance under AEDPA of seeking certiorari from judgments of state courts", Western New England University School of Law, Faculty Scholarship, Faculty Publications 2008, pp. 208-265. [Disponible online: <http://digitalcommons.law.wne.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=facschol>], [fecha de visita: 18/10/2014].
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "¿Política criminal «moderna»? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español", *Actualidad Penal*, 8 al 14 de junio, N° 23, 1998, pp. 435-449.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión ", *Estudios penales y criminológicos*, N° 25, 2004, pp. 331-360.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en ARROYO ZAPATERO, LUIS; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, IGNACIO (DIR.), *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos in memoriam*, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad Salamanca, Cuenca, 2001, pp. 699-710.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch Editor, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2º edición, Civitas, Madrid, 2001.

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (1º edición)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2º edición)*, reimpresión, Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, 2006.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA; SABORIT, DAVID FELIP I; ROBLES PLANAS, RICARDO, PASTOR MUÑOZ, NURIA, "La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura", en ATELIER, *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto, Colección Políticas de seguridad*, Da Agra, Cándido; Domínguez, José Luis; García Amado, Juan Antonio; Hebberecht, Patrick; Recasens (ed.), Barcelona, 2003, pp. 113-135.
- SILVA SILVA, HERNÁN, "Criminalidad sexual y la reforma al Código penal y a otros cuerpos legales sobre delitos sexuales", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 206, julio-diciembre, 1999, pp. 143-162, p. 147.
- SOTELO VALENCIA, ADRIAN, "Dependencia y sistema mundial: ¿convergencia o divergencia? contribución al debate sobre la teoría marxista de la dependencia en el Siglo XXI", *Revista Da Sociedade Brasileira de Economia Política*, Río de Janeiro, 2005, [Disponible en <http://www.redem.buap.mx/pdf/adrian/adrian28.pdf>], [fecha de visita: 23/09/2010].
- SOTELO VALENCIA, ADRIAN, *La teoría de la dependencia en América Latina*, Tiempos Modernos, México D.F., 2005.
- SOTO NAVARRO, SUSANA, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003.
- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, "Bien Jurídico, Proporcionalidad y Libertad del Legislador Penal ", en HEFENDEHL, ROLAND (EDITOR); EN ESPAÑA RAFAEL ALCACER, MARÍA MARTÍN E IÑIGO ORTIZ DE URBINA (EDIT.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons-Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 105-128.
- STERNBERG-LIEBEN, DETLEV, "Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal", HEFENDEHL, ROLAND, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, [Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno], Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 105-127.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN, "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Complutense*, N° 63, 1981, pp. 123-150.
- TOMPKINS JR, JOSEPH B., "The impact of the usa patriot act of 2001 on non-U.S. banks", Prepared in Connection With The International Monetary Fund Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law Held on May 7-17, 2002, in Washington, DC., pp. 1-21, [Disponible online: <https://www.imf.org/external/np/leg/sem/2002/cdmfi/eng/tompki.pdf>], [fecha de visita: 20/10/2014 ].
- TRICOT, TITO, "Democracia formal y derechos indígenas. Una Aproximación a la relación actual entre el estado chileno y el pueblo mapuche", *Haol*, N° 12, Invierno 2007, pp. 43-61.
- VALLEJOS DOWLING, CAMILA, "Chile no debe ser el mismo: los desafíos del movimiento social", *Transformar la sociedad. Haciendo camino*, Monde Diplomatique, Editorial Aún creemos en los sueños, Santiago de Chile, 2012.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, "La separación, no confusión o contrapeso de poderes y la independencia de la función judicial en la perspectiva de Montesquieu", en MEDINA MORALES, DIEGO (COORD.), *División de poderes*, Universidad de Córdoba, Córdoba, España, 1996.
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN, *Montesquieu, Leyes, Gobiernos y poderes*, 1º edición, Civitas, Madrid, 1986.

- VAN WEEZEL, ALEX, "Recensión", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política-criminal en las sociedades postindustriales (2º edición), Julio César Faira - Editor, Buenos Aires, reimpresión ed, 2006, pp. 197-206.
- VARGAS, JORGE ALFONSO; ESPINOZA VERDEJO, ALEX, "Pasión y razón en Thomas Hobbes", *Alpha* [online], N° 26, 2008, pp. 135-152.
- VELASCO ZORRILLA, ANTONIO, "Maquiavelo", La Torre del Virrey: revista de estudios culturales, N° 4, 2007, pp. 47-54.
- VERA QUILODRÁN, ALEJANDRO, *Delito e Informática. La Informática como fuente de delito*, Ediciones Jurídicas La Ley, Santiago de Chile, 1996.
- VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, "La summa divisio iuris público/privado de las disciplinas jurídicas", *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Año 17, N° 1, 2010, pp. 115-128.
- VICENTE MARTÍNEZ, ROSARIO DE, "Las sanciones penales en el ámbito de la delincuencia económica", en ARROYO ZAPATERO, LUIS (DIR.), *Estudios de criminología*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1999, pp. 217-250.
- VILLALOBOS KIRMAYR, MARIO, *Ciencia social como crítica social. La revolución epistemológica de Karl Marx*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010.
- VILLALONGA, CRISTIÁN, *Revolución y Ley. La teoría crítica del Derecho en Eduardo Novoa Monreal*, Globo Editores, Santiago de Chile, 2008.
- VILLEGAS DÍAZ, MYRNA; ALBORNOZ, PATRICIA; PIZARRO, ANGÉLICA; DÍAZ, FELIPE; SANDOVAL BEATRIZ, *Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuches*, Informe Final, Universidad Central, Santiago de Chile, 2008. [Disponible online: [http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/PORTAL\\_IDP.PROC\\_FICHERO.DOWNLOAD?p\\_cod\\_fichero=F2021618818](http://www.cienciaspenales.net/portal/pls/PORTAL_IDP.PROC_FICHERO.DOWNLOAD?p_cod_fichero=F2021618818)], [fecha de visita: 24/4/2012], pp. 98-102.
- VILLEGAS, MYRNA, "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal", *Política Criminal*, A3, N° 2, 2006, pp. 1-31.
- VILLEGAS, MYRNA, "El mapuche como enemigo en el derecho (penal): consideraciones desde la biopolítica y el derecho penal del enemigo", *Portal Iberoamericano de Ciencias Penales*, S/A, pp. 1-21, Disponible online: [http://www.cienciaspenales.net/decsargas/idp\\_docs/doctrinas/mapuche%actor%social%enemigo.pdf](http://www.cienciaspenales.net/decsargas/idp_docs/doctrinas/mapuche%actor%social%enemigo.pdf), fecha de visita: 24/4/2002.
- VILLEGAS, MYRNA, "Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal", *Política Criminal*, N° 2, A3, 2006, pp. 1-31.
- VÍQUEZ, KAROLINA, "Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?" *Políticas Criminal*, N° 3, 2007, [Disponible en <http://www.politicacriminal.cl>], [fecha de visita: 15/05/2010].
- VOLÓSHINOV, VALENTÍN NIKOLÁIEVICH, *El Marxismo y la filosofía del lenguaje*, [trad. Tatiana Bubnova], Ediciones Godot, Buenos Aires, 2009.
- VON LISZT, FRANZ, *La idea del fin en el derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo*, 1882, [trad. CARLOS PÉREZ DEL VALLE], Colección Los Argonautas, Editorial Comares, Granada, 1995.
- WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económica, México D.F., 2005.
- WEBER, MAX, *El Político y el científico*, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2008, p. 13.
- WEBER, MAX, *Política y Ciencia*, [trad. S/T], Aleph, Buenos Aires, 2000.
- WEBER, MAX, *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, [trad. JOAQUÍN ABELLÁN], Alianza, Madrid, 2007.
- WHITEHEAD, JOHN W.; ADEN, STEVEN H., "Forfeiting "enduring freedom" for "homeland security": a constitutional analysis of the usa patriot act and the justice department's anti-terrorism initiatives", *American University Law Review*, 51, 6, June 2002, pp. 1081-1133. [Disponible online:



- <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/51/correctedaden.pdf>], [fecha de visita: 20/10/2014].
- WU, MAOXIN; GORDON, RONALD E.; HERBERT, ROBIN; PADILLA, MARIA; MOLINE, JACQUELINE; MENDELSON, DAVID; LITTLE, VIRGINIA; TRAVIS, WILLIAM D.; GIL, JOAN, "Case Report: Lung disease in World Trade Center responders exposed to dust and smoke: Carbon nanotubes found in the lungs of World Trade Center patients and dust samples", *Environmental Health Perspectives*, Vol. 118, N°. 4, Apr. 2010, pp. 499-504. [Disponible online: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2854726/>], [fecha de visita: 22/09/2014].
  - ZAFFARONI, RAÚL, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 2º edición, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006.
  - ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, "Derecho penal del enemigo y amparo de libertad", en REYNA ALFARO, LUIS; CUARESMA TERÁN, SERGIO, *Derecho Penal y Estado de Derecho*, BdeF, Buenos Aires, 2008, pp. 223-260.
  - ZEMELMAN, HUGO, "Aspectos Básicos de la propuesta de la conciencia histórica", [http://148.202.18.157/sitios/catedrasnacionales/material/2010a/ricardo\\_romo/7.pdf](http://148.202.18.157/sitios/catedrasnacionales/material/2010a/ricardo_romo/7.pdf), [fecha de consulta: 17/02/2014].
  - ZEMELMAN, Hugo, Aspectos Básicos de la propuesta de la conciencia histórica, [http://148.202.18.157/sitios/catedrasnacionales/material/2010a/ricardo\\_romo/7.pdf](http://148.202.18.157/sitios/catedrasnacionales/material/2010a/ricardo_romo/7.pdf), [fecha de consulta: 17/02/2014].
  - ZEMELMAN, HUGO, *Voluntad de conocer: el sujeto y su pensamiento en el paradigma crítico*, Anthropos, México D.F., 2005.
  - ZEMELMAN, HUGO, *Voluntad de conocer: el sujeto y su pensamiento en el paradigma crítico*, Anthropos, México D.F., 2005.
  - ZIPF, HEINZ, *Introducción a la política criminal*, [trad. Izquierdo Macías-Picavea], Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1979.
  - ŽIŽEK, SLAVOJ, *El sublime objeto de la ideología*, [trad. Isabel Vericat Nuñez], Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012.

## Webgrafía

- "Dirigentes denuncian ante la ONU "criminalización" del movimiento estudiantil", Ginebra, Febrero 2012 (EFE), Diario Digital "El América", <http://elamerica.cl/portal/?p=6927>, fecha de visita: 08/04/2013.
- "Estudiantes acusan al Gobierno de criminalizar movimiento estudiantil ante votación de Ley Hinzpeter", biobío.cl, <http://www.biobiochile.cl/2013/07/08/estudiantes-acusan-al-gobierno-de-criminalizar-movimiento-estudiantil-ante-votacion-de-ley-hinzpeter.shtml>, fecha de visita: 08/04/2014.
- "La criminalización del movimiento estudiantil", Diario Futrono.cl, por Red Diario Sur, 9 de octubre de 2011, <http://www.diariofutrono.cl/noticia/actualidad/2011/10/la-criminalizacion-del-movimiento-estudiantil>, fecha de visita: 08/04/2013.
- "Líderes mineros consideran que la "ley anti tomas" también afectará a los trabajadores", *El ciudadano*, 6 de octubre del 2011, <http://www.elciudadano.cl/2011/10/06/41963/lideres-mineros-consideran-que-la-%E2%80%99Cley-anti-tomas%E2%80%99D-tambien-afectara-a-los-trabajadores/>, fecha de visita: 18/05/2014.
- "Myrna Villegas: 'En la Araucanía no existen actos de terrorismo'", Entrevista en CNN Chile, 29 de diciembre, 2012, [Disponible online: <http://www.cnnchile.com/noticia/2012/12/29/myrna-villegas-en-la-araucania-no-existen-actos-de-terrorismo>], [fecha de visita: 08/04/2014].

- 911expertsspeakout.org, *Architects & Engineers for 9/11 Truth*, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=k2xlbXHhVSs>], [fecha de visita: 28/10/2014].
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.090. Sanciona con mayor rigor el abigeato y facilita su Investigación, 11 de Enero de 2006, p. 7. Disponible online: <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20090/HL20090.pdf>, fecha de visita: 24/4/2012.
- COSSIGA, FRANCESCO, *Corriere della sera*, Política, 7 de noviembre 2010, [Disponible online: [http://www.corriere.it/politica/07\\_novembre\\_30/osama\\_berlusconi\\_cossiga\\_27f4ccee-9f55-11dc-8807-0003ba99c53b.shtml](http://www.corriere.it/politica/07_novembre_30/osama_berlusconi_cossiga_27f4ccee-9f55-11dc-8807-0003ba99c53b.shtml)]; [Fecha visita: 27/09/2010].
- Diario Austral [online], Año LXXXV - Nro. 30.690 - Sábado 27 de enero de 2001, <http://www.australtemuco.cl/site/edic/20010126205833/pags/20010127043650.html>, fecha de visita: 10/04/2014.
- Diario *El País online*, Archivo, *La sombra de la Operación Gladio*, Viernes 2 de Noviembre de 1990, [http://elpais.com/diario/1990/11/02/internacional/657500407\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1990/11/02/internacional/657500407_850215.html), fecha de visita: 14/10/2014.
- El Mercurio Electrónico, Santiago de Chile, Viernes 10 de diciembre de 1999, Disponible online: [www.mapuche.info/news01/merc991210.html](http://www.mapuche.info/news01/merc991210.html), fecha de visita: 22/4/2012.
- *El tiempo*, "Clinton firmó ayer ley contra el terrorismo", 25 de abril de 1996, Archivo, <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-281700>, fecha de visita: 16/10/2014.
- *Elmundo.es*, "Terrorismo doméstico", <http://www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malostratos/>, fecha de visita: 27/10/2014.
- *Emol*, "UDI y RN entregan a ministro Peñailillo propuestas de modificación a la Ley Antiterrorista", Martes 23 Septiembre 2014, <http://www.emol.com/noticias/nacional/2014/09/23/681520/udi-y-rn-entregan-a-ministro-penailillo-propuestas-de-modificacion-a-la-ley-antiterrorista.html>, fecha de visita: 28/09/2014.
- *Emol.chile*, <http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/03/20/29175/dos-periodistas-franceses-detenidos-en-angol.html>.
- *Emol.chile*, <http://www.emol.com/noticias/nacional/2008/06/23/309864/ministerio-del-interior-expulso-a-jovenes-italianos-detenidos-en-comunidad-mapuche.html>; Fecha de vista: 23/4/2012; Movimiento mundial por los bosques tropicales, <http://wrm.org.uy/boletin/132/Chile.html>, Fecha de vista: 23/4/2012.
- Global vision, "9/11 Press for Truth", Banded Artist Productions, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=kazQwSHzRs0>], [fecha de visita: 29/10/2014].
- <http://www.cormabiobio.cl/digitos/encuentro2004/discur.htm>, fecha de visita: 22/4/2012
- <http://www.mininco.cl/DeclaracPublicasyPresentaciones/ComunicadoPrensa19Feb2000.htm>; fecha de visita: 22/4/2012).
- Mensaje a la Nación, de S.E. el Presidente de la República, don Sebastián Piñera Echenique: "Del Chile del bicentenario al país de las oportunidades", Valparaíso, 21 de mayo de 2010, [Disponible online: <http://www.gob.cl/discursos/2010/05/21/mensaje-presidencial-del-21-de-mayo.htm>], [fecha de visita: 1/02/2012].
- Mensaje Proyecto de Ley 13-348, Septiembre 25 de 2002, Santiago de Chile, p. 3. [Disponible online: [http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil\\_abredocumentos.pl?1,3380](http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_abredocumentos.pl?1,3380)], [fecha de visita: 24/10/2013].
- Nación.cl, [http://www.lanacion.cl/prontus\\_noticias\\_v2/site/artic/20080628/pags/20080628180307.html](http://www.lanacion.cl/prontus_noticias_v2/site/artic/20080628/pags/20080628180307.html), Fecha de vista: 23/4/2012.
- *Noticias24Panamá*, "Obama extiende un año más el estado de alerta ante terrorismo contra EE.UU.", 5 de septiembre del 2014, <http://noticias24panama.com/actualidad/noticia/11123/obama-extiende-un-ano-mas-el-estado-de-alerta-ante-terrorismo-contra-ee-uu>, fecha de visita: 22/10/2014; *Telesur*,

- “Obama extiende alerta estadounidense ante terrorismo, 5 de septiembre del 2014”, <http://www.telesurtv.net/news/Obama-extiende-alerta-estadounidense-ante-terrorismo-20140905-0003.html>, fecha de visita: 22/10/2104.
- *Public Law 104-132*, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-104publ132/html/PLAW-104publ132.htm>.
  - *Salon*, “Obama signs NDAA 2014, indefinite detention remains”, Friday 27 december 2013, [http://www.salon.com/2013/12/27/obama\\_signs\\_ndaa\\_2014\\_indefinite\\_detention\\_remains/](http://www.salon.com/2013/12/27/obama_signs_ndaa_2014_indefinite_detention_remains/), fecha de visita: 23/10/2014.
  - The History Channel, *Conspiracy? The CIA and The Nazis*, Documental, Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=lqZA7xRATaA>, fecha de visita: 14/10/2014.
  - The History Channel, *El ejército secreto de la OTAN*, Documental, 2009, [Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=JJjKNaP6jDc>], [fecha de visita: 14/10/2014].
  - The History Channel, *Oklahoma City Bombing*, Documental, Disponible online: <https://www.youtube.com/watch?v=2qe7RielGdk>, fecha de visita: 15/10/2014.
  - *The New York Times*, “Blogger, With Focus on Surveillance, Is at Center of a Debate”, june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/business/media/anti-surveillance-activist-is-at-center-of-new-leak.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2104.
  - *The New York Times*, “Democratic Senators Issue Strong Warning About Use of the Patriot Act”, march 16 2012, <http://www.nytimes.com/2012/03/16/us/politics/democratic-senators-warn-about-use-of-patriot-act.html?module=Search&mabReward=relbias%3As%2C%7B%22%22%3A%22RI%3A18%22%7D>, fecha de visita: 22/10/2014.
  - *The New York Times*, “Mientras Wars Fade, Obama mantiene de Bush Data Mining”, june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/obamas-strong-embrace-of-divisive-security-tools.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2104.
  - *The New York Times*, “P. y A. en el Programa de Vigilancia Doméstica”, june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/q-and-a-on-the-domestic-surveillance-program.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2104.
  - *The New York Times*, “Sounding the Alarm, but With a Muted Bell”, june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/politics/senators-wyden-and-udall-warned-about-surveillance.html?ref=us>, fecha de visita: 22/10/2104.
  - *The New York Times*, “U.S. Confirms That It Gathers Online Data Overseas”, june 6 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/07/us/nsa-verizon-calls.html>, Fecha de visita: 22/10/2014.
  - *The Washington Post*, “Can an American be investigated for terrorism merely for expressing support for it? The government isn't saying”, Septemeber 15 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/09/15/can-an-american-be-investigated-for-terrorism-merely-for-expressing-support-for-it-the-government-isnt-saying/>, fecha de visita: 22/10/2014.
  - *The Washington Post*, “Librarians won't stay quiet about government surveillance”, october 3 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/10/03/librarians-wont-stay-quiet-about-government-surveillance/>, fecha de visita: 22/10/2014.
  - *The Washington Post*, “Patriot Act author: 'There has been a failure of oversight’”, October 11 2013, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2013/10/11/patriot-act-author-there-has-been-a-failure-of-oversight/>, fecha de visita: 22/10/2014.
  - *The Washington Post*, “The Senate has another go at NSA surveillance reform”, july 29 2014, <http://www.washingtonpost.com/blogs/the-switch/wp/2014/07/29/the-senate-has-another-go-at-nsa-surveillance-reform/>, fecha de visita: 22/10/2014.
  - *Unisenada.com*, Noticias, Jueves 16 de Octubre del 2014, <http://www.unisenada.com/noticias/estadosunidos/articulo289958.html>, fecha de visita: 16/10/2014.
  - *United States Code*, <http://www.law.cornell.edu/uscode/text>.

